

ISS - FATO GERADOR - TARIFA INTERBANCÁRIA EM SERVIÇOS DE COMPENSAÇÃO DE CHEQUES E OUTROS PAPÉIS - NAO-INCIDÊNCIA

Marco Aurélio Greco

CONSULTA¹

Consultam-me sobre interessante questão relacionada ao funcionamento dos serviços de compensação bancária e à eventual configuração de fato gerador do Imposto sobre Serviços de competência municipal.

A Consultante relata que, nos termos definidos na Circular COMPE n. 95/16 do Banco do Brasil S.A., instituiu-se uma *tarifa interbancária*, calculada sobre o volume de documentos submetidos ao serviço de compensação, abrangendo cheques e bloqueios de cobrança que os bancos participantes do sistema de compensação devem, reciprocamente, ressarcir em função dos respectivos volumes de documentos que apresentarem ao sistema ou dele receberem.

Expõe os seguintes exemplos:

Exemplo I - O emitente de uma fatura/duplicata, dirige-se ao Banco A, contrata-o para a cobrança do título, pagando para isso uma tarifa, que sofre a incidência de ISS.

O Banco A emite o denominado *bloqueto de cobrança*, enviando ao devedor do título que, por sua vez, dirige-se ao Banco B, de sua livre escolha, efetuando o pagamento.

O Banco B, nas centralizadoras do serviço de compensação, separa todos os bloquetes emitidos pelo Banco A (bem como pelos demais Bancos) e encaminha-os ao Serviço de Compensação de Cheques e Outros Papéis, juntamente com os recursos (via processamento de dados), para repasse ao Banco A e, por consequência, ao emitente do título.

¹. Texto elaborado antes da publicação da Lei federal n. 10.214/01 e da LC-116/03.

No exemplo acima, o Banco A deveria entregar ao Banco B o valor da tarifa interbancária no montante estabelecido na Circular COMPE 95/16 do Banco do Brasil.

Exemplo II - O correntista do Banco B deposita em sua conta cheque emitido em seu favor por cliente do Banco A.

Igualmente ao procedido com os bloqueios de compensação, o Banco B, na centralizadora do serviço de compensação, separará todos os cheques emitidos contra o Banco A e encaminhará ao Serviço de Compensação de Cheques e Outros Papéis.

Por essa participação em acolher o cheque de outro banco, o Banco B receberia a tarifa interbancária prevista na mencionada Circular.

Diante deste quadro, formula os seguintes quesitos:

- a) A tarifa interbancária relativa à compensação de bloqueios configura remuneração de serviço tributado pelo ISS municipal?
- b) A tarifa interbancária relativa à compensação de cheques configura remuneração de serviço tributado pelo ISS municipal?
- c) Em caso afirmativo a qualquer dos quesitos anteriores, em que item da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar n. 56/87 se enquadraria a hipótese?
- d) Ainda em caso afirmativo, a qual Município seria devido o imposto, considerando que a agência na qual o documento foi apresentado pode localizar-se em Município diverso da agência que centraliza a contabilização da tarifa interbancária?
- e) Por fim, ainda em caso afirmativo, e considerando a reciprocidade entre os Bancos A e B, a base de cálculo do tributo seria o valor bruto total das tarifas relativas ao volume de documentos encaminhados ou o valor líquido que um banco creditaria ao outro depois de descontados os valores reciprocamente confrontados?

PARECER

Antes de passar ao exame da questão concreta, cumpre deixar claro que o tema em análise não diz respeito à cobrança de *tarifas* dos usuários dos Bancos pela emissão de talões de cheque ou emissão dos bloqueios de cobrança, pois estas atividades estão abrangidas pelo âmbito de incidência do ISS, salvo se reconhecido, como o faz parte da doutrina, vício na LC 56/87 ou na Lista por ela veiculada.

A análise que, a seguir, é feita envolve esta nova *tarifa inter-bancária*, figura *interna* ao Serviço de Compensação de Cheques e Outros Papéis, cuja execução está a cargo do Banco do Brasil.

Descrita a situação concreta objeto da consulta, uma análise superficial apontaria a existência de uma atividade material realizada por um banco e o pagamento de uma *tarifa* respectiva calculada com base no volume de documentos submetidos à compensação.

Esta constatação corresponde à mera *constatação fática* da existência de certas realidades, mas o plano dos fatos (plano do ser) em que elas se encontram não pode ser confundido com o plano do direito (plano do dever-ser) que virá dar-lhes o real significado e relevância para fins de incidência e aplicação das normas jurídicas.

Além disso, os textos normativos examinados utilizam terminologia que pode ensejar dúvidas, especialmente por se referir a *serviços* quando trata do trâmite e compensação dos cheques e demais papéis. Em razão disso, usaremos indistintamente as expressões “Serviço de Compensação” e “Sistema de Compensação”, para que a primeira não induza a conclusões apressadas.

Por um lado, não é a denominação que dá a essência das figuras jurídicas, mas o seu regime. A mera existência de atividade material e entrega de dinheiro pode se verificar em múltiplos tipos de relação jurídica, submetendo-se às mais variadas disciplinas e enquadramentos, não sendo, por isso, suficiente para configurar um serviço tributável pelo ISS e, por conseqüência, não implica, por si só, na ocorrência do seu fato gerador (CTN, art. 114). Embora, a propósito de outro tema, o saudoso Professor Geraldo Ataliba expôs com clareza que o simples fato concreto (p.ex., entregar dinheiro)

não configura, por si só, uma certa e determinada categoria jurídica, esta resultará do conjunto de normas jurídicas que qualificam aquela conduta, especialmente tendo em conta o contexto em que ela se insere, do qual se extrairão os elementos para distingui-la de outras figuras².

O mesmo se diga no caso concreto. A identificação da natureza e do regime jurídico da atividade em questão e da respectiva *tarifa interbancária* depende de um exame mais abrangente que aponte o contexto em que se insere, para, então, extrair seu regime jurídico, e este exame mostra que a figura não é alcançada pela incidência tributária municipal.

PRESSUPOSTOS DA TRIBUTAÇÃO NO CASO DA CONSULTA

Ao se analisar uma questão que envolva a incidência de um imposto, especialmente a partir da CF/88, é necessário ter presente que uma exigência só se legitima se atendidos determinados pressupostos que compõem o chamado regime jurídico-tributário.

Em posição de destaque na sistemática atual, encontra-se a necessidade de identificar a manifestação de capacidade contributiva que o imposto visa concretamente atingir, figura que assume primordial relevância em função de a CF/88, no § 1º do seu art. 145, tê-la invocado expressamente como elemento indissociável da tributação pelos impostos. Na sistemática da CF/88, mesmo os impostos que não puderem ser graduados em função da capacidade contributiva não deixam de tê-la como fundamento da exigência.

De fato, capacidade contributiva não é mero conceito retórico ou ideal, nem sua configuração deve ser vista como atrelada à mera condição econômica do contribuinte ou às suas disponibilidades financeiras atuais. Ela apresenta "... algo de objetivo, ligado à estrutura do imposto, no sentido de que a base impositiva deve ser incorporada na hipótese legal como valoração do elemento de riqueza."³

2. *Hipóteses de incidência*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 34.

3. DE MITA. *Interesse jiscal e tutela dei contribuinte*, p. 27, Ed. Giuffrè.

Mais do que isto, a capacidade contributiva opera como critério delimitante da discricionariedade do legislador ordinário e a Corte Constitucional Italiana, ao interpretar e aplicar o art. 53 da Constituição daquele país, pôde extrair desse princípio:

“... critérios idôneos para controlar a discricionariedade do legislador seja quanto aos fatos geradores do imposto, seja quanto aos critérios de determinação da base imponible, seja quanto às regras aplicativas.”⁴

Aliás, no Sistema Tributário estruturado pela CF/88, a capacidade contributiva é um dos poucos *princípios constitucionais* assim nominalmente reconhecidos pelo Constituinte (Seção I); como princípio, apresenta *função positiva* de direcionamento do sentido que deve ter a legislação infra-constitucional. No dizer da mais autorizada doutrina, o princípio é um *vetor axiológico* que dirige e condiciona o significado e alcance das normas que devem atendê-lo. É na Constituição que se “deve procurar o parâmetro de referência material da actividade legiferante”⁵, pois só ela é “heteronomamente vinculante dos actos legislativos”.

Cada imposto se estrutura a partir de um conceito geral que retrata uma manifestação de capacidade contributiva e que constitui sua *ratio* ou *causa*. Em decorrência, “... o princípio da capacidade contributiva exige antes de tudo que exista uma ligação efetiva entre a prestação imposta e o pressuposto econômico considerado”, o qual se constituirá *em fundamento e limite* da imposição⁶. (grifos nossos)

Significado e alcance distinto têm os chamados *princípios* da legalidade, anterioridade etc., que, na verdade, são “limitações do poder de tributar” (Seção II), cuja feição é de carácter restritivo do exercício do poder fiscal *função negativa*). Esta distinção não é meramente formal ou de taxinomia; retrata efetiva diferença de teor, pois enquanto a capacidade contributiva, por ser um princípio positivo, significa que a legislação “deve ser em certo sentido”, as limitações estabelecem que a tributação “não pode

4. DE MITA. *Op. cit.*, p. 31.

5. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 267.

6. DE MITA. *Op. cit.*, p. 35.

ser em certo sentido". O primeiro encontra-se relacionado com os *fundamentos* da competência impositiva, enquanto os segundos atuam no plano do seu *exercício*.

No exame da constitucionalidade da lei instituidora de um imposto, não basta que legalidade, anterioridade, etc. não tenham sido violadas; no regime da CF/88, é preciso mais do que isto para que a lei seja constitucional: é preciso que se cumpra a *diretriz positiva* que emana do princípio da capacidade contributiva; vale dizer, é preciso que sua materialidade capte uma efetiva e atual manifestação da aptidão de contribuir para o custeio das despesas públicas.

Este tema tem ocupado a doutrina estrangeira e está a merecer uma ampla análise da doutrina brasileira em razão da disciplina contida na CF/88, o que, no entanto, desborda o objeto deste parecer.

Para os fins deste estudo, tal invocação é fundamental para a análise específica, pois, na interpretação da competência constitucional atribuída aos Municípios no art. 156, III, da CF/88, o termo *serviços* não deve ser visto como sinônimo de *atividades de qualquer natureza*. Serviço será apenas aquela atividade que exprima um conteúdo econômico, aquela exercida com o fito de obtenção de riqueza e em favor de terceiro e que enseja uma contraprestação pecuniária que remunere o prestador no sentido de visar um aumento de seu patrimônio.

No passado, esta distinção entre mera atividade e verdadeiro serviço já foi amplamente desenvolvida, quando se discutiu o alcance da competência federal para tributar o *transporte*, oportunidade em que se concluiu que a mera atividade de transportar (p.ex., carga própria) não podia ensejar a incidência do imposto. O imposto só poderia incidir se esta atividade fosse objeto de uma contratação; vale dizer, se fosse elevada à condição de atividade econômica não apenas de produção de utilidade para alguém, mas essencialmente de produção de *riqueza para o prestador*. Naquela oportunidade, doutrina e jurisprudência deixaram claro que o núcleo da incidência estava na existência de um contrato de prestação de serviço, e não na simples atividade material de locomoção física de bens⁷.

7. ALBINO DE OLIVEIRA, Fernando; CAMPOS, Roberto Siqueira. *Imposto sobre transporte*. In: Revista de Direito Tributário, vol. 41, p. 238.

Neste sentido foi a decisão do antigo Tribunal Federal de Recursos, por seu Plenário, em acórdão relatado pelo Min. Carlos Velloso, cujo voto condutor, depois de sublinhar que a noção de serviço deve ser a que se encontra no âmbito do direito civil, por força do art. 110 do CTN, afirma:

Buscado, no Código Civil, artigo 1.216, o conceito de serviço, haveremos de convir que o mesmo pressupõe um contrato entre duas pessoas, o locatário e o locador e, ainda, uma retribuição. (Arg. de Inconst. na AMS n. 89.825-RS, Rev. LEX Julgados TFR, vol. 17/167) (grifos nossos).

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal, embora tenha reconhecido a inconstitucionalidade por outras razões, sublinhou no voto do Min. Moreira Alves que o imposto “[...] não é devido sobre o *transporte* [...] mas sobre *serviço de transporte*” (Plenário, RE n. 101.084-3/PR, RTJ 112/394) (grifos nossos).

Ou seja, no caso da consulta, é de ter em conta que o fato gerador do imposto não será o *ato material* de receber ou de cobrar, mas o respectivo serviço de cobrança ou recebimento por conta de terceiros, cuja caracterização pressupõe a existência de um *contrato* entre as partes, tendo por objeto aquela atividade a ser exercida mediante remuneração.

Ademais, para haver a configuração da materialidade do imposto, é preciso que as partes definam aquela atividade como objeto de um contrato de caráter *oneroso*, pelo qual se estabeleça uma remuneração pela prestação de serviço (essenciais são a função e a finalidade da retribuição pecuniária, ainda que, eventualmente, seu montante possa ser insuficiente). Onerosidade que só existirá se o valor entregue corresponder a efetivo *preço*, ou seja, retribuição atrelada ao serviço com a natureza de verba obtida com intenção de *ganho*. Oneroso é o contrato cuja causa é o intuito de enriquecimento⁸.

Assim, no contexto do sistema da CF/88, haverá verdadeiro *serviço* passível de tributação se a atividade for expressiva de ma-

8. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 4ª ed., p. 376.

nifestação de capacidade contributiva. É o que também resulta do Decreto-lei n° 406/68, quando, em seu art. 9º, define como base de cálculo do imposto o *preço* do serviço, que só se configura se apresentar o conteúdo econômico de remuneração visando a obtenção de ganho.

Esta conclusão encontra apoio também no âmbito do direito civil, pois o art. 1.216 do Código Civil⁹ é específico: “Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada *mediante retribuição*.” (grifos nossos)

Retribuição não é mera entrega de dinheiro; é o correspectivo (fruto da comutatividade e onerosidade do negócio jurídico) que implique em efetiva *remuneração* do prestador de serviço por sua atividade, no sentido de ganho (enriquecimento/vantagem) a ser por ele obtido. Entrega de dinheiro que configure reembolso ou ressarcimento, não é retribuição da prestação do serviço, é recomposição do patrimônio de alguém. Atividade sem intenção de ganho pode, eventualmente, até configurar prestação de serviço, mas não manifestará capacidade contributiva. Faltarão o intuito de obter um acréscimo patrimonial (ou, atecnicamente, ter um intuito *lucrativo*), o que não autoriza a exigência tributária por faltar, no exercício dessa atividade, manifestação de capacidade contributiva.

É o que ensina o Prof. Bernardo Ribeiro de Moraes:

[...] como tal atividade, em si, é destituída de significação econômica que permita, por si só, aferir a capacidade contributiva do sujeito passivo (o simples fato de prestar serviços não induz que a pessoa possa pagar um tributo), o legislador foi buscar um *elemento de mensuração* ligado ao fato gerador do tributo, que constitui sua base de cálculo. Escolheu o “preço do serviço” como tal elemento.¹⁰

Aí está o resumo da questão. É preciso não apenas verificar a natureza da atividade, como também a natureza da entrega de dinheiro feita. Para haver onerosidade (e, portanto, manifestação de capacidade contributiva), é necessário que a verba vise o aumento

9. De 1916.

10. *Doutrina e Prática do ISS*, p. 515-16.

patrimonial de quem realiza a atividade, e não apenas que se destine a recompor o patrimônio alheio onerado pela atividade (ressarcimento).

Neste sentido é a lição de Orlando Gomes, para quem:

A existência de *sinalagma* não basta para atribuir caráter oneroso ao negócio. É preciso que as obrigações ou as prestações se achem *em função de uma atribuição patrimonial*" [...]

Por isso, na análise da situação concreta, é essencial verificar a natureza da causa da entrega de dinheiro consistente na *tarifa interbancária*, pois se não resulta do objetivo de obter uma *atribuição patrimonial*, vale dizer, um *plus* patrimonial, não corresponderá a uma efetiva *retribuição* e, portanto, não poderá ensejar o imposto por não se caracterizar um de seus elementos quantitativos (a base de cálculo).

Por derradeiro, para haver a incidência em concreto, será necessário, além da ocorrência dos pressupostos acima descritos, que o serviço (se esta for sua natureza) esteja assim definido em lei complementar, o que, no caso, implica em verificar se a atividade em questão está contemplada na lista anexa ao Decreto-lei n. 406/68 na redação veiculada pela Lei Complementar n. 56/87.

Em suma, para haver a incidência do imposto, é necessário que:

- a) o fato considerado corresponda ao exercício de atividade econômica e, como tal, implique manifestação de capacidade contribuíva;
- b) a atividade se apresente como objeto de um contrato de prestação de serviços;
- c) a entrega de dinheiro tenha a natureza de preço do serviço, e não de ressarcimento; e
- d) o serviço conste da lista veiculada pela LC 56/87.

Embora a falta de apenas um deles seja suficiente para inviabilizar a exigência do imposto, no caso concreto, nenhum destes pressupostos está configurado, como se passa a expor. *

11. *Op. cit.*, p. 337.

INSERÇÃO SISTEMÁTICA DA TARIFA INTERBANCÁRIA

A figura da câmara de compensação de cheques surgiu, há séculos, espontaneamente, em razão da prática bancária, como uma atividade de caráter privado exercida por conta e risco das próprias instituições financeiras. Como ensina Paulo de Lacerda:

Os primórdios da instituição podem-se procurar em França, desde o século XII, nas feiras da Champagne; assim como nas de Lyão, fundadas por Carlos VII no ano de 1443, feiras estas que se tornaram famosas e onde os banqueiros e os negociantes se reuniam quatro vezes por ano (*les quatre paiements de Lyon*) para liquidação de negócios que afluiam de toda a Europa. A idéia pôde mesmo ser oriunda da Itália, das *Stanze di Pubblici Pagamenti*; mas, na verdade, tal como actualmente se concebe, a *clearinghouse* é instituição genuinamente inglesa, criada em Londres no ano de 1775.¹²

Neste contexto, as instituições bancárias atuavam sob um regime jurídico fundamentalmente baseado na autonomia privada, assumindo feição tipicamente negociai, sujeitando-se às regras convencionais dispostas por seus integrantes. Seu funcionamento regulava-se, portanto, por um regime jurídico de direito privado. É o que ainda atualmente expõe Eric N. Compton, ao tratar da experiência americana:

A associação a uma câmara de compensação é totalmente voluntária. Nenhuma lei estadual ou federal, e nenhuma regulamentação bancária, exige a formação dessa câmara de compensação, nem que qualquer banco se associe a ela.¹³

O Brasil não foi refratário à experiência mundial e, já no final do século passado, por obra do Visconde de Ouro Preto, houve a tentativa de criação de uma Câmara de Compensação, que teve efêmera duração, “justamente pela falta de um Banco Central que se encarregasse das liquidações”¹⁴.

12. *Do cheque no direito brasileiro*, p. 359.

13. *Princípios das atividades bancárias*, p. 151.

14. CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *O cheque*, p. 359.

O objetivo de criar e assegurar o seu funcionamento foi obtido apenas em 1921 quando

foi inaugurada a Câmara de Compensação do Rio de Janeiro e pouco depois instalou-se também em Santos, Porto Alegre e Recife; em 1925, em Ribeirão Preto e, em janeiro de 1931, em Belo Horizonte. Funciona anexa ao Banco do Brasil, que desempenha o papel de Banco Central.¹⁵

Durante muito tempo, tratava-se de uma atividade privada, embora de interesse coletivo, realizada segundo a conveniência e as regras que as próprias instituições estabeleciam. Seu regime, nessa época, era nitidamente de direito privado, fruto da convenção das partes que nela atuavam e que apenas deviam obter uma autorização oficial para fazerem funcionar a Câmara de Compensação. É o que Paulo de Lacerda bem explica, comentando o art. 13 da Lei n. 2.591, de 07.8.1912:

Em princípio, é inteiramente livre a prática da compensação de cheques entre bancos e comerciantes; mas, o funcionamento das câmaras de compensação (*clearing-houses*) depende de autorização do Governo Federal.¹⁶ (grifos nossos).

Ou seja, na sua formulação clássica, o funcionamento das câmaras de compensação corresponde ao exercício de atividade econômica privada, submetida apenas ao regime de autorização pelo Governo Federal. Não se trata de atividade de caráter público, mas de atividade privada cujo exercício dependia de uma concordância e acompanhamento oficial. O titular da atividade era o agente econômico privado.

Note-se o *modelo jurídico então aplicável*: os Bancos formulavam um Estatuto da Câmara e solicitavam autorização ao Poder Público para seu funcionamento, o qual podia, eventualmente, determinar alterações em seu texto¹⁷.

15. CUNHA PEIXOTO. *Op. cit.*, p. 340.

16. *Op. cit.*, p. 358.

17. *Idetn.*

Com a evolução e o crescimento da atividade financeira e bancária, a Câmara de Compensação passou a assumir cada vez maior relevância e importância nas transações financeiras de uma economia moderna, afetando o caráter eminentemente privado da atividade de compensação. No início com o Banco do Brasil passando a redigir e formular os modelos de convênio a serem celebrados para, o funcionamento da Câmara de Compensação¹⁸. Depois, assumiu tal relevo, especialmente no momento em que o País buscava uma integração funcional e sistêmica que, ao ensejo da edição da Lei n. 4.595/64, que reestruturou o Sistema Financeiro Nacional, a compensação de cheques e outros papéis passou a assumir uma qualificação de *atividade de interesse público*.

Naquele momento, entendeu o legislador que a integração nacional tinha, como um de seus elementos relevantes, a integração econômica e das transações financeiras, daí a legislação financeira então editada apresentar nítida determinação no sentido da publicização e nacionalização da atividade bancária e financeira, como instrumento de aceleração e facilitação das trocas e operações. O caráter de interesse público da atividade financeira é realçado, mais recentemente, na CF/88, que lhe dedica todo um Capítulo e cujo art. 192, em seu *caput*, é explícito ao dizer que o Sistema Financeiro visa *servir aos interesses da coletividade*.

Estas razões e princípios permeiam as normas da Lei n. 4.595/64 que, de forma explícita, determinam:

Artigo 11 - Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil¹⁹:

[...]

VI - regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis;

[...]

Artigo 19 - Ao Banco do Brasil S.A. competirá precipuamente, sob a supervisão do Conselho Monetário Nacional e como instrumento de execução da política creditícia e financeira do Governo Federal:

18. BARRETTO, Lauro Muniz. *Direito bancário*, p. 304.

19. Denominação da época.

{...}

IV -executar os serviços de compensação de cheques e outros papéis;

{...}”

Com base em tais disposições, foram editadas as regras que disciplinam este Serviço e encontram-se consolidadas no MNI, bem como nelas encontra fundamento a Circular COMPE 95/16 do Banco do Brasil, que instituiu a tarifa em questão. Assim, o enquadramento da figura específica supõe a verificação e conclusão quanto à sua inserção sistemática.

Neste contexto, o Serviço de Compensação de Cheques e Outros Papéis surge como atividade integrante do complexo formado pelo conjunto de funções que compõem o Sistema Financeiro Nacional. Como tal, sujeita-se à disciplina do Conselho Monetário Nacional e, mais do que isto, tem sua *execução* entregue à responsabilidade do Banco do Brasil.

Com isto, operou-se profunda alteração na natureza da atividade em si. Deixou de ser uma atividade resultante de mera conveniência das instituições privadas (p.ex., para melhor atenderem seus clientes) para assumir a natureza de uma *função do Sistema Financeiro Nacional*. Vale dizer, dentro do conjunto de atividades que compõem este *Sistema*, a compensação foi assumida pela lei como um de seus elementos integrantes.

Deixou de ser uma atividade privada sujeita à autorização do Poder Público para ser uma *atividade pública*, de cujo exercício participam entidades privadas.

Muito esclarecedor é o texto da Circular nº 52, de 16.9.1966, em que o Banco Central, depois de comunicar que sua Diretoria tinha deliberado *estabelecer o Regulamento* para execução dos Serviços de Compensação de Cheques e Outros Papéis, determinava que:

[...] os atuais participantes dos Serviços de Compensação de Cheques estarão automaticamente inscritos pelo Executante, desde que perante este se declarem conhecedores do Regulamento ora baixado, se comprometam a respeitá-lo e sujeitar-se a suas disposições; [...]

Note-se que a estrutura do modelo jurídico passou a ser diametralmente oposta à clássica. Não são mais os Bancos que criam um Estatuto e submetem à aprovação do Poder Público. *É o Poder Público que regulamenta a atividade* e os Bancos só poderão exercê-la nos termos, limites e condições regulamentarmente definidos. O próprio ato administrativo, que antes era de uma *autorização* para o exercício de atividade privada, embora sujeita a controle, passou a ser de *admissão* ao exercício de uma função dentro de um Sistema de caráter público. Tanto é assim que o item IV da Circular n. 52 esclarece que “novas admissões deverão ser requeridas através do Executante”.

Tão nítido é o caráter *regulamentar* e oriundo de um vínculo de autoridade de que se reveste a disciplina veiculada pela Circular n. 52 que o Regulamento anexo contém regras não só sobre admissão, instalação do serviço, etc., mas também sobre penalidades aplicáveis aos participantes, que podem chegar até à sua exclusão por ato do Banco do Brasil ou do Banco Central. Vigora o princípio da autoridade, e não o da igualdade entre os agentes.

Em suma, esta alteração legislativa modificou a natureza jurídica da própria atividade realizada nas Câmaras de Compensação.

Isto, porém, não significa que deixaram de existir interesses privados nesse contexto. De fato, os interesses ligados aos créditos em si permanecem de natureza civil ou comercial; a extinção recíproca de créditos (a própria compensação) continua sendo figura de direito privado, etc. Daí a importância de ter em conta a coexistência de interesses privados (ligados aos créditos) e públicos (ligados ao funcionamento do Sistema) e de relações jurídicas extra-sistema (com terceiros) e intra-sistema (com os demais participantes).

Esta mudança de natureza jurídica de certa atividade e a coexistência de interesses públicos e privados não é rara. Muito freqüentemente os operadores econômicos criam, por inventiva própria e para atender a necessidades que a vida vai fazendo surgir, instrumentos e mecanismos, ou desenvolvem atividades que, com o tempo, por crescerem em importância e repercussão, deixam

de atender meramente a interesses privados, neles passando a se identificar a inerência de um interesse público.

É o que Massimo Severo Giannini expõe no seu magistral *Diritto Amministrativo* a respeito dos *ordinamenti sezionali* que são os constituídos pelos empreendedores que desenvolvem certa atividade cuja realização depende de um ato administrativo inicial, entre os quais é citado como exemplo o que abrange a atividade de crédito²⁰.

Além disso, a experiência do mundo moderno apresenta a hipótese de *atividades objetivamente públicas* que, embora subjetivamente desenvolvidas por particulares, seu exercício envolve objetivamente um interesse público²¹. O interesse público pode ser inerente à atividade, a elementos subjetivos (qualificações de certas pessoas), a certos produtos (pela sua raridade, valor, amplitude do consumo, etc.), à circulação de bens (control^Q de preços etc) ou ao resultado econômico, como expõe Massimo Severo Giannini no seu *Diritto Pubblico della Economia* (1993, cap. VI).

No caso específico, o que se deu foi que a própria Lei n. 4.595/64 passou a incluir o Serviço de Compensação como um dos elementos básicos do Sistema Financeiro Nacional, a ponto de, em 1983, pela Circular n. 772, implantar-se o seu caráter nacional. Assegurou-se, sob determinadas condições e disciplina pública, que todos os correntistas, de qualquer ponto do território nacional, tivessem a possibilidade de transacionar com cheques e outros papéis, originários ou destinados a outro ponto do território nacional (atendidos os limites e exigências pertinentes).

Extrapolou-se o interesse meramente econômico, privado, da entidade bancária na liquidação de seus créditos e débitos, para se *institucionalizar a atividade de compensação como elemento de interesse econômico nacional*.

Fixou-se, também, o centro de decisão sobre esta matéria não mais nas próprias instituições ou no Banco do Brasil, passando a ser legalmente atribuído à alçada do Conselho Monetário

20. p. 165.

21. Idem, p. 454.

Nacional, órgão da Administração Direta Federal e responsável pela condução e disciplina da atividade bancária, reduzindo-se o Banco do Brasil a simples *executor do serviço*. Alterou-se a titularidade. Deixou de ser uma atividade de interesse privado para ser uma atividade *institucional* e de *interesse público, por força da lei*.

Como ensina M. S. Giannini, a categoria mais nítida de interesses públicos é aquela que resulta da própria qualificação pela norma jurídica organizativa de determinado setor ou atividade. A identificação de um interesse público “não assume jamais a forma de um enunciado imediato (tal interesse é público), mas a forma de um enunciado mediato (tal órgão ou ente cuida de...). Até aqui a coisa é simples.”²²

É o que ocorreu no caso concreto: a *lei* atribuiu um caráter de atividade de interesse público ao serviço de compensação, submetendo à disciplina do CMN e, mais do que isto, atribuindo sua execução ao Banco do Brasil.

Ou seja, nem mesmo a execução corresponde à atividade de competência e responsabilidade exclusiva das entidades privadas. Trata-se de atividade cuja execução cabe ao Banco do Brasil, o agente e instrumento da política financeira e creditícia do Tesouro Nacional. As instituições privadas passaram a atuar como integrantes de um Sistema de Compensação gerido, disciplinado e voltado a atender não só às relações jurídicas de direito privado, mas também à função integrativa do Sistema Financeiro no contexto na unidade nacional.

Com isto, alterou-se o regime jurídico da atividade, que deixou de ser comercial/privatístico para assumir a feição de um regime protetivo de interesses da coletividade (integração econômica nacional, etc.), externos à própria figura técnica da compensação. Vale dizer, a atividade da compensação deixou de ser o exercício de uma conveniência empresarial para se tornar o exercício de uma *Junção de interesse público*.

Hoje, efetivamente, o que se tem é um *sistema institucionalizado* de compensação, gerido e de responsabilidade do Poder Público Federal, que fixa suas regras e o executa concretamente.

22. *Diritto Amministrativo*, p. 109.

Neste contexto, o vínculo que, atualmente, une os bancos participantes do sistema de compensação, no que diz respeito ao funcionamento do sistema, é um *vínculo institucional*, no sentido de que sua natureza e alcance não resultam puramente da vontade das partes, mas decorrem das finalidades e funções que a atividade de compensação deve atender.

Esta circunstância implica em profundo distanciamento entre as categorias jurídicas aplicáveis à situação e aquelas que seriam pertinentes se se tratasse de atividade regulada por normas meramente privadas. Por isso, não se pode dizer que um “banco” contrata o outro para que exerça determinada atividade ou “preste certo serviço”. Não há contratação para o exercício dessa atividade; ela decorre da própria natureza do Sistema de Compensação, tal como legalmente instituída. Todos, igualmente, têm o dever de exercer tais atividades, pois *pertencem* ao conjunto de entidades integrantes do Sistema. Agem desta forma porque *participam do Sistema*, e não porque foram “contratados” para tanto.

Isto é suficiente para concluir que não se está perante uma prestação de serviços, pois, nas diversas formas de integração funcional dentro de um conjunto organizado para a busca de determinado resultado, não há atividade *no interesse do outro*, mas, sim, atividade *no interesse do conjunto*, ao qual todos pertencem. Não há atividade *em favor de terceiro*, mas *em favor do conjunto*. É o que se tem nas formas de agrupamento empresarial (consórcios, associações de múltiplos perfis, parcerias etc.), em que a atividade de cada um, embora episodicamente, possa se dirigir a este ou aquele; na realidade, *existe em razão do todo*. Nestes agrupamentos, não há recíproca prestação de serviço, há a reunião de esforços comuns para o atingimento de um mesmo objetivo.

No caso concreto, o banco que emitiu o bloqueto (ou contra o qual é emitido o cheque) não está “contratando o serviço” do outro banco em que ele será pago (ou depositado), não só porque não sabe, *a priori*, em que banco isto ocorrerá, pois a escolha caberá ao devedor do título, como o banco recebedor não pode a isto se recusar, desde que se trate de documento disciplinado pelas autoridades competentes como *admitido para compensação*.

Neste contexto é que se insere a *tarifa interbancária*. Ela não é figura ligada ao crédito em si (desconto, carnê, cheque, etc) nem à relação entre banco B e a pessoa que com ele transaciona (depositante ou pagador do bloqueto). Trata-se de figura ligada ao funcionamento do Sistema de Compensação, e que não se vincula ao crédito em si, mas ao custo de operacionalização do Sistema. Note-se que mil cheques ou bloquetos de valor ínfimo ensejarão uma tarifa interbancária maior do que um único de valor elevadíssimo, o que confirma que esta tarifa não está atrelada ao crédito nem é indicativa de manifestação de capacidade contributiva.

Tarifa atinente a um serviço contratado por alguém existe na relação *extra-sistema*, no momento em que o cliente (condomínio, clube etc.) entrega ao Banco a responsabilidade pela cobrança, pagando um determinado montante para a emissão dos bloquetos etc. Sobre esta incide o ISS, como a Consulente inclusive expõe, mas ela não se confunde com a tarifa interbancária aqui examinada, pois esta surge num contexto *intra-sistema*.

Em suma, sob esta ótica, a atividade de operacionalização das tarefas abrangidas pelo Serviço de Compensação de Cheques e outros Papéis tem caráter institucional, e não contratual, resultando de comando legal específico que vincula todos os participantes do Serviço. As atividades, embora possam ter reflexos em outros participantes e integrantes do Sistema, não configuram prestação de serviço. Em conseqüência, a tarifa interbancária não corresponde à retribuição, remuneração ou preço de serviço, o que a afasta da incidência do Imposto Municipal sobre Serviços.

Nem se diga que a existência de uma *entrega de dinheiro* implicaria em haver *remuneração* pela atividade exercida e que isto assumiria a natureza de *preço de serviço*. Esta conclusão seria tão pedestre como a que afirmasse que todo o dinheiro entregue a alguém é renda tributável, que o comodato de um apartamento deixa de ser gratuito, pois o comodatário deve pagar as despesas do condomínio (Cód.Civ.²³ art. 1254), ou a que dissesse que uma doação com encargo teria caráter contraprestacional²⁴.

23. De 1916.

24. Veja-se a crítica feita por Orlando Gomes a este último tipo de raciocínio, em *Introdução*, p. 376.

A conclusão quanto à natureza da tarifa interbancária não resulta do simples fato material da entrega de dinheiro, mas da sua origem e substância. Esta análise mostra que a tarifa interbancária tem natureza de ressarcimento de dispêndios, e não de retribuição por serviços.

Numa visão funcional, o Serviço de Compensação configura um Sistema que, por um lado, caracteriza-se por ser uma *unidade* e, por outro, implica em todos seus integrantes serem importantes para o conjunto, assim como o conjunto é importante para cada um deles. Em razão disto, as relações intra-sistemáticas devem ser neutras e eqüitativas, do que decorre que não devem gerar, em si mesmas, enriquecimento ou empobrecimento de qualquer dos participantes. O sistema como um todo deve funcionar adequadamente, sem sacrificar nenhum de seus integrantes, pois o desequilíbrio de posições pode levar à própria quebra da unidade do Sistema.

0 RESSARCIMENTO DE CUSTOS

A existência e o funcionamento do Sistema de Compensação, além de serem atividades de interesse comum de todos os participantes, supõem a ocorrência de dispêndios em razão de atividades instrumentais realizadas, seja pelos integrantes, seja por terceiros, entre as quais podem ser mencionados a elaboração de formulários e carimbos, o transporte de documentos, etc.

Estes custos existem como decorrência do próprio funcionamento do Sistema e, em princípio, devem onerar o Sistema como um todo e, em decorrência, todos os que dele participam. Daí surge a possibilidade de serem fixados critérios de atribuição de responsabilidade por tais custos, o que é pacificamente cabível em todas as estruturas organizacionais que abranjam uma pluralidade de sujeitos.

No próprio âmbito do Serviço de Compensação, existem critérios de atribuição dos custos. Assim, por exemplo, no Título 6, Capítulo 2, Seção I do MNI, lê-se que “os formulários e carimbos utilizados no Serviço são confeccionados pelos Participantes [...]”

(cada um paga o seu); as despesas com a confecção de material de uso dos Participantes são por eles ressarcidas [...]”; “o rateio de custos de transporte [...] observa os seguintes princípios”, parte segundo o número de instituições e parte segundo o número de agências (critério de distribuição do custo entre vários bancos), etc.

Ou seja, há custos necessários ao funcionamento do sistema de compensação, e neste contexto é que se insere a chamada *tarifa interbancária*. É o ressarcimento dos custos que cada instituição tem para a tramitação dos cheques e demais papéis (manuseio, preparação, conferência, etc.).

Portanto, a natureza jurídica da *tarifa interbancária* é de um ressarcimento que, por sua própria essência, não implica em atribuição patrimonial nova a quem o recebe. Há apenas a restauração patrimonial do que foi necessário despender para atuar no interesse de todo o conjunto.

Aliás, a própria Circular COMPE 95/16 do Banco do Brasil, em seu item 6, deixa explícito que, depois de certo tempo, os valores das tarifas serão reavaliados, “... de forma a representar o efetivo custo dos serviços prestados.” Vale dizer, não representam um meio de obter *ganho, lucro ou vantagem*; são, pura e simplesmente, o retrato do ressarcimento de custos havidos pela participação no Sistema de Compensação. Ora, ressarcimento de custos não é remuneração de serviço, pois esta tem em sua essência a busca de uma retribuição econômica, com intuito lucrativo, pelo exercício, livremente pactuado, de atividade de interesse da outra parte.

Portanto, também sob esta ótica, não se configura uma remuneração pela prestação de serviços, o que impede a incidência do ISS, pois o art. 9º do DL-406/68 deixa claro que base de cálculo do imposto é apenas o que configurar *preço* do serviço; vale dizer, verba com natureza remuneratória, e não ressarcitória.

A LISTA DE SERVIÇOS DA LC 56/87

Ainda que o até aqui exposto não fosse suficiente para afastar a incidência do ISS e, por amor à argumentação, se admitisse

configurada uma prestação de serviço, não haveria fato gerador do imposto municipal.

A ocorrência do fato gerador do ISS pressupõe que a atividade concreta, além de configurar um serviço, esteja assim definida como tributável em Lei Complementar (CF/88, art. 156, III). Esta definição se encontra no Decreto-lei n. 406/68 e sua Lista Anexa que vigora atualmente com a formulação que lhe deu a LC 56/87.

É entendimento assente na doutrina e pacificado na jurisprudência que a lista de serviços tem caráter taxativo, somente abrangendo aqueles nela expressamente enumerados (considerando apenas a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pode-se mencionar, entre outros, o Resp. n. 30.193-6, DJ-09.05.94, Min. Cesar Rocha; o Resp. n. 69.986/SP, DJ-30.10.95, Min. Demócrito Reinaldo).

A lista comporta, no entanto, interpretação extensiva de modo a extrair de cada item sua integral amplitude. Interpretação extensiva consiste na atividade exegética de buscar o alcance de previsão existente apoiando-se no conceito nuclear consagrado no tipo normativo, e não apenas na sua literal expressão lingüística. Interpretação não se confunde com analogia (forma de integração da lei), pois esta corresponde à aplicação, com base numa razão semelhante, de uma norma certa a uma hipótese não abrangida no tipo por ela consagrado. A analogia “acrescenta fatos novos” (Resp. n. 1.837/SP, Rev. STJ, 2(13):311, Min. Vicente Cernicchiaro).

Por ser um mecanismo que implica em aplicação da norma à hipótese nela não prevista, sua utilização está vedada em se tratando da definição dos elementos essenciais do tributo, pois isto configuraria violação ao princípio da estrita legalidade da tributação, (CF/88, art. 150, I) como, aliás, expressamente proibido pelo art. 108, I do CTN.

Assim, ainda que uma determinada atividade possa, por sua natureza, ser classificada como um serviço, isto não basta para ensejar tributação, pois esta supõe que ele esteja contemplado como tal na lista constante da lei complementar.

A leitura da Lista Anexa aponta dois itens que, numa visão superficial, poderiam ter alguma pertinência, mas que a análise mais aprofundada mostra que não abrangem a hipótese da consulta.

O primeiro deles é o item 95 assim redigido:

95 - Cobranças e recebimentos por conta de terceiros, inclusive direitos autorais, protestos de títulos, sustação de protestos, devolução de títulos não-pagos, manutenção de títulos vencidos, fornecimentos de posição de cobrança ou recebimento e outros serviços correlatos da cobrança ou recebimento (este item abrange também os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central).

A primeira observação é a de que este item está contemplando uma atividade que pode ser realizada por empresas, em geral, que tenham este objeto comercial, não se tratando de atividade típica de instituição financeira. Tanto é assim que o esclarecimento contido na parte final do item (entre parênteses), deixa nítido que ele abranja *também* os serviços prestados por instituições financeiras.

Portanto, o núcleo captado por este item consiste em atividade realizada por empresas de cobrança em geral, e não necessariamente por instituições financeiras; estas serão alcançadas se prestarem tais serviços, mas o sentido do dispositivo não é atingir uma atividade própria de instituição financeira. Estas pagarão o imposto quando realizarem a atividade, essencialmente civil ou comercial.

Isto já bastaria para afastar a tarifa interbancária do âmbito de incidência do ISS, pois o serviço de compensação é tipicamente de instituição financeira. Aliás, se empresas civis ou comerciais (sem autorização das autoridades financeiras competentes) pretendessem criar, por sua conta, um sistema formado por múltiplas empresas de cobrança que fizessem compensações privadas de créditos de caráter global, etc. estariam, na verdade, instituindo um sistema paralelo de compensação, incompatível com as disposições da Lei n. 4.595/64.

Não é esta atividade institucionalizada que a Lista quer alcançar em seu item 95. O tipo legal visa à atividade, civil ou comercial, exercida por empresas em geral e consistente em *cobranças e recebimentos por conta de terceiros*. Cabe perguntar que serviço é este, bem como qual seu objeto, quem o presta e a quem é prestado.

O núcleo do tipo está nas ações de *cobrar e receber*, que devem ser vistas não como simples atividades materiais de mero encaminhamento documental (remessa de documentos de cobrança etc.) ou do simples ato de dar quitação a uma determinada dívida, pois estas atividades correspondem ao mero transporte e entrega de papéis e correspondências ou à atividade que até um procurador pode vir a exercer, e que, manifestamente, não correspondem ao sentido visado pela lei.

Cobrar e receber devem ser vistos como serviços prestados a alguém, ou seja, um conjunto de atividades voltadas para o resultado consistente na cobrança ou no recebimento da dívida. Isto significa que os meros atos materiais de cobrar ou receber não são suficientes para configurar um serviço tributável. Será necessário que estes correspondam ao objeto de um negócio jurídico entre credor (tomador do serviço) e prestador dos serviços de cobrança e recebimento.

As partes, neste caso, são a empresa de cobrança que se dedica à atividade de praticar atos com essa finalidade, com o intuito econômico (visando resultado lucrativo), e o credor da obrigação. O vínculo, portanto, é entre o público em geral (credor e devedor) e alguém contratado pelo credor para exercer a atividade de cobrança e recebimento. O destinatário do serviço é o credor da vida civil e comercial (lojas, condomínios, clubes, entidades associativas etc.); prestador do serviço será aquele que assumir a responsabilidade de atuar na direção de viabilizar tal resultado, tendo esta atividade como seu objeto social.

O item 95 visa ao serviço de cobrança prestado pela empresa individualmente *ao cliente* que lhe entregou o título ou confiou a dívida. O objeto que a Lista quer contemplar é o vínculo direto

extra-Sistema Financeiro entre quem entrega o título ou confia a dívida e aquele que presta o serviço, *tendo por objeto aquele crédito*. Note-se o contexto do item 95. Ele se refere à figura clássica do *cobrador* que envia cartas de cobrança, vai à residência dos devedores, insiste, remete os títulos não pagos para protesto, etc. e, por fim, recebe os valores devidos para posteriormente entregá-los ao credor. Quando uma instituição financeira realiza tal atividade, por conta do seu cliente dele recebendo remuneração, haverá incidência do imposto.

Este serviço está perfeitamente caracterizado quando, por exemplo, um credor por uma duplicata emitida a entrega ao Banco A para que este realize as respectivas atividades de cobrança e recebimento. É o credor *loja de departamentos* que celebra um contrato com o banco A, tendo por objeto estas atividades. Entre eles se instauram relações jurídicas civis e comerciais. Se, nesta situação, o credor pagar alguma remuneração ao banco A, por ele escolhido e contratado para executar a cobrança e recebimento, não há dúvida que haverá fato gerador do imposto.

Mas este não é o caso, da tarifa interbancária aqui examinada, não só porque esta surge no âmbito do relacionamento *entre* Bancos (infra-Sistema), e também porque não tem por objeto o crédito ou título em si, mas sim o custo do funcionamento do Sistema. E, neste ponto, Luro Muniz Barretto bem esclarece que a compensação bancária é uma compensação coletiva ou plurilateral em que os débitos recíprocos são dos Bancos participantes, “sem atenção à pessoa dos devedores e dos credores.”²⁵ Portanto, a atividade de compensação está desatrelada de cada crédito individualmente considerado. Daí, também por esta razão, não se pode falar em prestação de serviço no sentido da tributação pelo ISS, pois esta vincula-se diretamente a um crédito determinado como objeto do próprio serviço prestado.

Por outro lado, o devedor, quando recebe a documentação com o bloqueto, está recebendo a cobrança do banco A e, a princípio,

25. *Op. cit.*, p. 305.

em suas agências deveria fazer o pagamento (o que pode ocorrer em certas hipóteses). Porém, por força da existência de um Sistema Financeiro de caráter nacional e em razão da legislação que o regula, o devedor tem, à sua disposição, para pagamento, não só as agências do banco A, como, atendidas as regras do Sistema, todo o conjunto de agências bancárias dos vários participantes, ficando-lhe facultado escolher onde fará o pagamento. Este universo de agências está à sua disposição não porque o banco A as contratou, mas porque isto *resulta do Sistema* definido pelo Poder Público Federal.

Note-se que o Sistema funcionará independentemente de haver o cliente pago algum preço pelo serviço prestado pelo banco A. Ainda que este tenha agido sem receber qualquer remuneração de seu cliente, o documento será acolhido pelo banco B, receberá sua adequada tramitação e o banco A pagará ao banco B a tarifa interbancária aqui examinada.

O fato determinante da tarifa interbancária não é a existência, ou não, de um contrato de prestação de serviços de cobrança e recebimento, tendo por objeto aquele crédito; seu fato determinante é o funcionamento do Sistema.

Quando o banco B acolhe o pagamento, não há dúvida que existe um ato material de recebimento (quitação da duplicata), mas este é mera atividade material, não configurando um serviço prestado ao credor (loja de departamentos), posto que não é objeto de um negócio jurídico entre credor e banco B. O banco B recebe porque assim estabelece o regime legal a que está submetido como participante do Sistema de Compensação. No funcionamento do Sistema, o banco B se viu na contingência de ter de tramitar, cuidar, controlar um volume de documentos que lhe foram entregues por opção dos devedores (e não por escolha sua) e que devem ser encaminhados aos demais bancos. Isto lhe causou custos operacionais (pessoal, segurança, etc.) que, por não serem de sua escolha, mas, por resultarem do próprio funcionamento do Sistema, devem ser ressarcidos.

Daí a natureza jurídica da tarifa interbancária que, como visto, é de um ressarcimento patrimonial, e não de uma efetiva atribuição patrimonial (remuneração).

Na figura contemplada no item 95, há sempre três partes envolvidas: o credor, o devedor e o *cobrador/recebedor*. Quando, deste contexto, participar um banco como prestador do serviço, aqui comparecerá em dupla condição, num primeiro aspecto, como titular de uma relação jurídica direta e específica com o credor. E, num segundo aspecto, como *interface do sistema financeiro*. A rigor, o credor está, ao mesmo tempo, buscando os serviços do banco A e se utilizando do sistema como um todo.

Ora, ilma das características essenciais de um sistema é a pluralidade de elementos constitutivos, aliada à sua *unidade* perante terceiros que com ele se relacionam. Assim, os agentes econômicos, quando se utilizam do Sistema Financeiro, embora através de um de seus elementos; o fazem visando o conjunto, sempre que corresponderem a serviços ou atividades globalmente executadas.

Nunca é demais repetir que o credor (loja de departamentos) não contratou o banco B para que fizesse a cobrança ou o recebimento, e muitas vezes nem se sabe quem será este banco B, pois devedor escolherá a agência de pagamento.

Daí a importância de distinguir as relações jurídicas extra-sistema como a que existe entre cliente e banco, na qual pode-se configurar uma prestação de serviços tributada, e as relações jurídicas intra-sistema, de que participam os integrantes do Serviço de Compensação, em que não há prestação recíproca de serviços, mas exercício de função orgânica dentro de uma unidade e sob disciplina e controle do Poder Público.

Por outro lado, tratando-se de cheques, é ainda mais nítido que a tarifa interbancária não se enquadra no item 95. De fato, nesta hipótese, credor é o depositante do cheque e, num certo sentido, pode-se dizer que “prestador do serviço de cobrança e recebimento” é o banco B onde o cheque for depositado. Se houver este serviço e se, em algum caso concreto, o cliente pagar uma remuneração ao Banco onde deposita os cheques, isto será fruto de uma relação *extra-sistema*, apenas entre eles (banco B e depositante), nada tendo a ver com a tarifa interbancária devida pelo banco A ao banco B, e não pelo credor, depositante do cheque, ao seu banco. E é nítido

que o banco B, neste caso, não está prestando qualquer serviço de cobrança ao banco A.

Além disso, como visto anteriormente, o vínculo entre os dois bancos, quando se trata de acolher cheques e outros papéis para fins de compensação, não é tipicamente contratual, mas institucional.

Portanto, não se configura a hipótese do item 95 da Lista Anexa.

Por seu turno, o item 96 está assim redigido:

96 - Instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central: fornecimento de talão de cheques; emissão de cheques administrativos; transferência de fundos; devolução de cheques; sustação de pagamento de cheques; ordens de pagamento e de créditos, por qualquer meio; emissão e renovação de cartões magnéticos; consultas em terminais eletrônicos; pagamentos por conta de terceiros, inclusive os feitos fora do estabelecimento; elaboração de ficha cadastral; aluguel de cofres; fornecimento de segunda via de avisos de lançamento de extrato de contas; emissão de carnês (neste item não está abrangido o ressarcimento, a instituições financeiras, de gastos com portes do Correio, telegramas, telex e teleprocessamento, necessários à prestação dos serviços).

Este item enumera serviços típicos de instituições financeiras. Em primeiro lugar, é de reiterar que o imposto incidirá apenas em relação aos serviços ali enumerados. Outras atividades ou serviços não listados, ainda que sejam executados ou prestados por Instituições Financeiras, não configuram fato gerador do ISS municipal (jurisprudência do STJ já referida).

Este critério tem sido particularmente invocado em se tratando dos chamados *serviços bancários*, matéria sobre a qual tanto o STJ como o STF têm se posicionado no sentido de que os serviços bancários não enunciados na lista não geram imposto. Neste aspecto, é relevante mencionar o Resp. n. 69.986, em que se afirma não incidir o ISS em atividades não expressamente mencionadas e que sejam executadas de modo a permitir o atingimento de atividade-fim que seja própria de instituição financeira.

O item 96 não se refere aos “serviços de compensação de cheques e outros papéis” (e, a rigor, nem o poderia por se tratar de atividade pública federal), e nenhum entre os enumerados no item sequer se aproxima da atividade objeto da consulta. A compensação de cheques e outros papéis não tem semelhança com nenhuma das atividades listadas, não se confundindo com a transferência de fundos, nem com as ordens de pagamento ou de créditos, figuras com perfil bem definido, sendo objeto de operações típicas e freqüentes na vida bancária. Pretender estender a incidência aos serviços de compensação é, além de tudo, aplicar numa analogia vedada.

Ademais, o item, mais uma vez, aponta no sentido de que o objeto visado é uma atividade realizada pelas instituições financeiras em relação ao público em geral, e não a atividades entre instituições financeiras para operacionalização de um Sistema como o de compensação.

Mais do que isto, e talvez o mais importante elemento que se extrai da análise do item 96: o dispositivo consagra o princípio da *não-tributação dos ressarcimentos de gastos*. Com efeito, a parte final do item 96 enumera gastos que a instituição financeira pode ter na prestação de serviços e que, mesmo repassados aos clientes, não ensejam incidência do ISS. Esta enumeração dos tipos de gastos ressarcíveis não nos parece exaustiva, pois, além de consagrar um princípio, comporta interpretação sistemática e até mesmo extensiva (tal como a própria lista).

As exclusões feitas dizem respeito a dispêndios com os meios para a prestação do serviço, vigorando o princípio de que o ISS deve incidir apenas sobre o que corresponder à efetiva remuneração da instituição financeira, e não o que for mero reembolso de custos instrumentais para sua execução.

A tarifa interbancária em exame é, por expressa determinação da Circular do Banco do Brasil, um ressarcimento de custos (art. 6º), e se liga à operacionalização do trâmite dos documentos, o que a coloca na exclusão prevista na parte final do item 96.

Em suma, ainda que o *serviço* de acolhimento de cheques e bloquetes para fins de compensação configurasse um serviço tributável (o que não ocorre), o valor da tarifa, por ser um ressarcimento,

não configura preço de serviço e, além disso, é expressamente excluída de incidência pela parte final do item 96.

CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, podem ser respondidos os quesitos formulados:

- a) A tarifa interbancária relativa à compensação de bloqueios configura remuneração de serviço tributado pelo ISS municipal?

Resposta: Não. A atividade executada pelos bancos no âmbito do Serviço de Compensação de Cheques e Outros Papéis corresponde ao exercício de uma função no âmbito de uma atribuição legalmente conferida ao Poder Público; como tal, não tem a natureza de prestação de serviço. Logo, a *tarifa* em questão não é remuneração de serviço.

Ainda que houvesse prestação de serviço, não poderia haver incidência do ISS por não se configurar a base de cálculo definida no art. 9º do Dec. lei n. 406/68, uma vez que a *tarifa* não foi instituída como retribuição de serviço (preço), tendo nítido caráter de ressarcimento (recomposição patrimonial) pelos custos resultantes da participação no exercício de função específica, com regime jurídico próprio, regulada no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

- b) A tarifa interbancária relativa à compensação de cheques configura remuneração de serviço tributado pelo ISS municipal?

Resposta: Não, pelas mesmas razões expostas na resposta ao quesito anterior.

- c) Em caso afirmativo a qualquer dos quesitos anteriores, em que item da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar n. 56/87 se enquadraria a hipótese?

Resposta: Prejudicada. A figura em exame não se enquadra em nenhum dos itens da lista anexa, nem mesmo nos itens 95 e 96. Aliás, a interpretação destes itens mostra não apenas que a figura não se insere, mas também que, por ser um ressarcimento, é excluída expressamente no item 96 e, implicitamente, no item 95, pois só é base de cálculo do ISS o verdadeiro *preço* (=retribuição), o que afasta as verbas de caráter ressarcitório, como é o caso da tarifa interbancária.

- d) Ainda em caso afirmativo, a qual Município seria devido o imposto, considerando que a agência na qual o documento foi apresentado pode localizar-se em Município diverso da agência que centraliza a contabilização da tarifa interbancária?

Resposta: Prejudicada. Porém, se houvesse incidência, o imposto seria devido ao Município onde se localiza a agência em que o cheque é depositado ou o bloqueto é recebido com o respectivo pagamento, pois, neste local, estar-se-ia dando o *recebimento*. Este seria o local da prestação do serviço (DL-406/68, art. 12, “a”).

- e) Por fim, ainda em caso afirmativo, e considerando a reciprocidade entre os bancos A e B, a base de cálculo do tributo seria o valor bruto total das tarifas relativas ao volume de documentos encaminhados ou o valor líquido que um banco creditaria ao outro depois de descontados os valores reciprocamente confrontados?

Resposta: Prejudicada. Porém, se houvesse incidência do imposto, sua base de cálculo seria o valor total das tarifas relativas ao volume de documentos, e não o saldo resultante do confronto das tarifas entre os bancos, pois o saldo já seria o resultado de um confronto de contas que pressupõe a prévia existência de débitos a esse título.

É o parecer, s.m.j.