ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PREFEITURA MUNICIPAL DE CACHOEIRINHA

SECRETARIA MUNICIPAL DE MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E GESTÃO DE PESSOAS

PROTOCOLO GERAL

13748/2018	Abertura	20/08/2018 11:28
		GERAL
60.701.190/0001-04	Previsão	10/09/2018 11:28

ITAU UNIBANCO S/A

PETIÇÃO ISSQN

DARM

Ilmo Sr.
Prefeito Municipal
Cachoeirinha / RS

Eu [Nome] Razão Social, Banco Itaú S.A
abaixo assinado, portador do CPF / CNPJ nº 60.701.190/0001
RG: _____ **Data de Nascimento** ____/____/____
Lotação _____ **Função** _____ **Matrícula** _____
Domiciliado na Rua / Av. Praça Alfredo Egydio de Souza **Nº** 100
Apto. / Sala _____ **Bairro** Parque Jabaquara
Fone: [S1] 33835400 **Cep** _____
Cidade S. Paulo **Estado** SP
Nome da Mãe: _____
E-Mail: _____
Endereço para correspondência: _____
Venho requerer a Vossa Senhoria, _____

Nestes Termos
Pede Deferimento

Cachoeirinha, 20 **de** Agosto **de 20** 18

Tamara G. Pires
Assinatura do Requerente

Nome: _____

ILMO. SR. SECRETÁRIO DE FAZENDA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CACHOEIRINHA/RS

0031909

Auto de Infração nº 0045/2018
Processo nº 137/2017
Inscrição Municipal nº 133835

ITAÚ UNIBANCO S/A, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 60.701.190/0001-04, com sede na Praça Alfredo Egydio de Souza Aranha, nº 100, Torre Itaúsa, Parque Jabaquara – São Paulo/SP, vem oferecer IMPUGNAÇÃO à Notificação de Lançamento indicado em epígrafe, emitido pela SECRETARIA DE FAZENDA DO MUNICÍPIO DE CACHOEIRINHA, pelas razões de fato e de direito que a seguir passa a expor e requerer, a saber:

I - DOS FATOS

Trata-se de lançamento fiscal relativo a atividades bancárias desempenhadas pelo impugnante, no período de janeiro de 2015 até dezembro de 2015 em que o ora impugnado entendeu sujeitas à incidência de ISS, motivo pelo qual o impugnante apresenta a presente defesa, senão vejamos:

II – DO DIREITO

O Impugnante demonstra a seguir que o objeto do presente Auto de Infração refere-se a contas não tributáveis pelo ISSQN, em razão do caráter taxativo da lista de serviços (116/03) e pela natureza das receitas nelas contabilizadas.

II.1 – DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E LANÇAMENTO

É imprescindível destacar que o Auto de Infração que corporificou os lançamentos ora questionados é efetivamente nulo, visto que (i) não houve a devida fundamentação relativa ao enquadramento das atividades lançadas com o item específico da Lista de Serviços anexa à LC 116/03.

Rua De La Grange, 214 – Três Figueiras - Porto Alegre / RS – CEP 91.330-160
Fone: (0XX51) 33326302 / 33329038 Fax: (0XX51) 33325512 e-mail: ahjm@ahjm.com.br
180480023266 M815

Deveras, ao proceder ao lançamento, deve a Autoridade Fiscal *demonstrar a efetiva ocorrência do evento reputado tributável, bem como apontar a* perfeita previsão legal de tal comportamento do contribuinte. Não o fazendo, estar-se-á mutilando a regra exacional tributária extraída do artigo 142 do Código Tributário Nacional[1], na medida em que se torna impossível a comprovação da **efetiva ocorrência do fato gerador da obrigação tributária correspondente**, tal como prescreve o indigitado dispositivo legal.

No presente caso, além de ausente a inequívoca descrição da atividade autuada e o respectivo valor mensal apurado como devido, a Municipalidade deixou de fazer a necessária correlação entre a atividade autuada e aquela prevista no apontado item 15.08 da lista de serviços anexa à **Lei Complementar 116/03**, limitando-se a fazer o apontamento genérico do referido item, o qual compreende várias hipóteses aptas à subsunção de diferentes atividades.

Há muito o E. Superior Tribunal de Justiça assentou este entendimento, conforme se observa do julgado a seguir transcrito:

> "TRIBUTÁRIO. ISS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO GENÉRICO. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO QUANTO AO FATO GERADOR. NULIDADE. ACÓRDÃO PARADIGMA VERSA SOBRE AUTOLANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. RECURSO NÃO CONHECIDO.
> 1. No Direito Tributário vige a regra da tipicidade fechada quanto à identificação do fato imponível.
> 2. Lançamento tributário que não especifica qual dos serviços constantes da lista tributada pelo ISS foi realizado pelo contribuinte é nulo, gerando, por consequência, a nulidade da inscrição em dívida ativa correspondente e extinção da execução fiscal que venha a ser ajuizada.
> 3. Identificar se a forma genérica pela qual foi realizada o lançamento ocasionou, ou não, dificuldade concreta no exercício de defesa do contribuinte é circunstância impossível de ser avaliada em sede de recurso especial, por implicar reexame de provas (Súmula 7/STJ). Em tese, o lançamento efetuado dessa maneira impossibilita o pleno exercício de defesa por parte do sujeito passivo tributário. 4. O acórdão recorrido refere-se ao lançamento de ofício realizado pela administração tributária. O acórdão paradigma cuida de caso em que o lançamento foi realizado pelo próprio contribuinte, lançamento por homologação. Situações fáticas dessemelhantes, que impossibilitam o conhecimento do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional. 5. Recurso especial não conhecido" (REsp 602.228/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 26/09/2007 p. 200). (negritamos).

A corroborar, é importante trazer à lume o entendimento sedimentado pela Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial repetitivo nº 1.111.234/PR, por meio do qual se decidiu que a interpretação extensiva, cujo emprego é legítimo, imprescinde da indicação pontual da

---

[1] "Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a **verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente**, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível". (destacamos).

Rua De La Grange, 214 – Três Figueiras - Porto Alegre / RS – CEP 91.330-160
Fone: (0XX51) 33326302 / 33329038 Fax: (0XX51) 33325512 e-mail: ahjm@ahjm.com.br
180480023266 M815

correlação entre as atividades prestadas e os itens da lista de serviços, seja pela *Autoridade Fiscal, ou pela Autoridade Julgadora, sob pena de nulidade por ausência de* fundamentação, *in verbis*:

> "(...) a incidência dependerá da demonstração da pertinência dos serviços concretamente prestados, aos constantes da Lista de Serviços (...)." (REsp nº 1.111.234/PR – Registro 2009/0015818-9). (destacamos).

A propósito, destaque-se o seguinte trecho da decisão proferida em 15/02/2012 pelo Ministro Herman Benjamin, nos autos do Agravo em Recurso Especial nº 119.393/RJ, corroborando o hodierno entendimento acerca da imprescindibilidade da demonstração da correlação e, inclusive, propugnando pela nulidade da decisão que não perquire tais pontos:

> "(...) Assiste razão ao recorrente. De fato, houve omissão quanto à análise da nulidade do Auto de Infração e da CDA, ante a suposta impossibilidade de identificar os serviços prestados que tenham sido considerados como fato gerador do ISS exigido, o que configura matéria relevante para o deslinde da controvérsia.
> Isso porque, segundo o recorrente, 'é mister que haja a expressa descrição dos serviços autuados, bem como sua correlação com o item da lista de serviços' (fl. 256). Dessa forma, justifica-se o retorno dos autos à origem para novo julgamento dos aclaratórios (...). Diante do exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço do agravo para dar provimento ao Recurso Especial, determinando o retorno dos autos à Corte de origem, para novo julgamento dos Embargos de Declaração (...)" (destacamos).

Destarte, por não ter indicado a descrição do fato gerador e a inequívoca hipótese de incidência tributária, tampouco ter realizado a devida correlação entre ambos, os Autos de Infração ora combatidos devem ser declarados nulos, inclusive, como forma de prestigiar o entendimento esposado pela Superior Instância sob a sistemática do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

II.2 - DA INTERPRETAÇÃO DA LISTA DE SERVIÇOS

É pacífico no E. Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 é taxativa, admitindo, contudo, interpretação extensiva para enquadrar serviços idênticos aos expressamente nela previstos.

Em outras palavras, ao interpretar extensivamente a lista de serviços, a D. Autoridade Fiscal deve indicar qual dos serviços previstos na legislação complementar possui identidade com a atividade autuada, o que efetivamente não ocorreu no presente caso.

Rua De La Grange, 214 – Três Figueiras - Porto Alegre / RS – CEP 91.330-160
Fone: (0XX51) 33326302 / 33329038 Fax: (0XX51) 33325512 e-mail: ahjm@ahjm.com.br
180480023266 M815

Nesse sentido, impende destacar o entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.111.234/PR, julgado sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C, CPC), no qual, por meio do voto da Ministra Eliana Calmon, restou decidido que a aplicação da interpretação extensiva não subsiste sem a indicação da correlação entre as atividades praticadas e os itens da lista de serviços, *in verbis*:

> "(...) Nesta oportunidade é preciso registrar que embora não possa o STJ imiscuir-se na análise de cada um dos itens dos serviços, é preciso que as instâncias ordinárias, a quem compete a averiguação dos tipos de serviço que podem ser tributados pelo ISS, na interpretação extensiva, devendo-se observar que os serviços prestados, mesmo com nomenclaturas diferentes, devem ser perquiridos quanto à substância de cada um deles. *Assim, a incidência dependerá da demonstração da pertinência dos serviços concretamente prestados, aos constantes da Lista de Serviços*, como aliás o fez o acórdão recorrido" (destacamos).

Por corolário, a C. Corte Superior editou a Súmula nº 424, abaixo transcrita:

> "Súmula nº 424: É legítima a incidência do ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC nº 56/87".

Esclareça-se que, à luz dos precedentes que ensejaram a edição do referido verbete, os "serviços congêneres" devem ser entendidos como atividades que, embora não possuam nomenclatura idêntica aos itens da lista de serviços, mediante uma interpretação não restritiva de sua natureza, devem encontrar correlação com tais itens, os quais, no caso das Instituições Financeiras são, exclusivamente, os de números 95 e 96 da Lei Complementar 56/87.

A propósito da decisão da Egrégia Corte Superior, caberia à Fiscalização a demonstração da pontual correlação entre atividade autuada e serviço constante da lista, o que não o fez. Não obstante, ainda que se faça uma interpretação extensiva das atividades previstas nos indigitados itens da lista de serviços, não se observa qualquer identidade com a natureza das atividades desenvolvidas pela Instituição Financeira autuada, revelando-se, por tais motivos, ilegítimas as autuações.

Ademais, não se pode confundir o emprego da interpretação extensiva, consistente no cotejo entre a natureza da atividade autuada e o serviço

Rua De La Grange, 214 – Três Figueiras - Porto Alegre / RS – CEP 91.330-160
Fone: (0XX51) 33326302 / 33329038 Fax: (0XX51) 33325512 e-mail: ahjm@ahjm.com.br
180480023266 M815

legalmente previsto, com a analogia[2], que, como cediço, é técnica repudiada no *ordenamento jurídico tributário pátrio.*

Portanto, a teor da decisão em Recurso Repetitivo proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça, onde restou assente que "a incidência de penderá da demonstração...", bem como da Súmula nº 424, recentemente editada pela referida Corte Especial, alternativa não há senão a anulação dos lançamentos ora questionados.

II.3 - DA NATUREZA DAS CONTAS AUTUADAS

O impugnado pretende, de igual forma, a cobrança do ISS sobre as atividades abaixo descritas.

Nesse passo, a fim de que fique demonstrada a ilegalidade da cobrança do ISS sobre elas, cumpre analisar sua efetiva natureza jurídica, para então confrontá-las com aqueles serviços relacionados na lista de serviços anexa à Lei Complementar.

II.3.1. Do Adiantamento a Depositantes COSIF 7.1.1.03.00-8

Pretende a Municipalidade a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre as receitas registradas na rubrica "Receita sobre Concessão de Adiantamento a Depositantes", sob o argumento de que estas se referem a serviços prestados pela Instituição Financeira.

Contudo, a pretensão arrecadatória em questão não merece prosperar, por não estar configurado o fato gerador do tributo, qual seja, a prestação de serviços autônomos (isso é, que não sejam conexos, acessórios ou preparatórios de outra atividade) a terceiros.

O "adiantamento a depositantes" ocorre quando o banco disponibiliza recursos aos seus clientes, sem a prévia contratação de limite de crédito, ou em montante que ultrapassa os limites existentes, e com a finalidade de cobrir débitos realizados em conta corrente acima do saldo disponível para saque. Ou seja, para evitar que cheques sejam devolvidos ou que pagamentos ou saques sejam negados, o banco adianta ao cliente os recursos financeiros, sob a condição de repagamento imediato.

Portanto, o adiantamento a depositante é, na realidade, operação de crédito emergencial, e não prestação de serviços. Tanto é assim que o montante do adiantamento sofre a incidência de juros, desde a data da concessão até a

[2] Ressalte-se que, nos termos do § 1º, do artigo 108, do Código Tributário Nacional, **o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.**

Rua De La Grange, 214 – Três Figueiras - Porto Alegre / RS – CEP 91.330-160
Fone: (0XX51) 33326302 / 33329038 Fax: (0XX51) 33325512 e-mail: ahjm@ahjm.com.br
180480023266 M815

data do pagamento, bem como constitui base de cálculo para o IOF, nos termos do art. 2º, inciso I c/c art. 3º, § 3º, inciso I, do Decreto nº 6.306/2007[3].

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou tal entendimento, inclusive em sede de recurso especial repetitivo, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS CONEXOS (SUPLEMENTARES) AO DE COMUNICAÇÃO (TELEFONIA MÓVEL): TROCA DE TITULARIDADE DE APARELHO CELULAR; CONTA DETALHADA; TROCA DE APARELHO; TROCA DE NÚMERO; MUDANÇA DE ENDEREÇO DE COBRANÇA DE CONTA TELEFÔNICA; TROCA DE ÁREA DE REGISTRO; TROCA DE PLANO DE SERVIÇO; BLOQUEIO DDD E DDI; HABILITAÇÃO; RELIGAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS.
> 1. A incidência do ICMS, no que se refere à prestação dos serviços de comunicação, deve ser extraída da Constituição Federal e da LC 87/96, incidindo o tributo sobre os serviços de comunicação prestados de forma onerosa, através de qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza (art. 2º, III, da LC 87/96).
>
> 2. A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS.
> 3. Não merece reparo a decisão que admitiu o ingresso de terceiro no feito, pois o art. 543-C, § 4º, do CPC autoriza que o Ministro Relator, considerando a relevância da matéria tratada em recurso especial representativo da controvérsia, admita a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na questão jurídica central. 4. Agravo regimental de fls. 871/874 não provido. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ" (REsp 1176753/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2012, DJe 19/12/2012)" (destacamos).

O STJ também já se manifestou no mesmo sentido em matéria de tarifas bancárias:

---

[3] "Art. 2o. O IOF incide sobre:
I - operações de crédito realizadas" (...).
"Art. 3º. O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado.
(...)
§ 3º A expressão "operações de crédito" compreende as operações de:
I - empréstimo sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito e desconto de títulos".

Rua De La Grange, 214 – Três Figueiras - Porto Alegre / RS – CEP 91.330-160
Fone: (0XX51) 33326302 / 33329038 Fax: (0XX51) 33325512 e-mail: ahjm@ahjm.com.br
180480023266 M815

"TRIBUTÁRIO - ISS - PECULIARES SERVIÇOS BANCÁRIOS - NÃO INCIDÊNCIA – DECRETOLEI N. 406/68 - DECRETO-LEI N. 834/69.
1. OS SERVIÇOS BANCÁRIOS AUXILIARES E ACESSÓRIOS, APROPRIADOS A ATIVIDADE-FIM, NÃO INDIVIDUALIZADOS COMO FINALIDADE POR SI MESMO, POR SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DO NUMERUS CLAUSUS, RESPEITADO COMO LIMITE NORMATIVO, NÃO CONSTITUEM FATO GERADOR DO ISS. (RESP 24243/RS; RECURSO ESPECIAL 1992/0016743-8 - Relator Ministro MILTON LUIZ PEREIRA - Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA - DJ 26.09.1994 - p.25603" (destacamos).

Desta feita, as receitas de "Adiantamento a Depositantes" não se submetem à incidência do ISS, despontando cristalina a insubsistência das autuações ora combatidas, nos termos do artigo 156, inciso III, da Constituição Federal e artigo 1º da Lei Complementar nº116/03.

II.3.2. **Rendas de Empréstimos e de Financiamentos COSIF 7.1.1.05.00-6 e 7.1.1.15.00-3**

Depreende-se da presente autuação que o município de Cachoeirinha classificou as receitas de "Rendas de Empréstimos" e de "Rendas de Financiamentos" como prestação de serviços passíveis de tributação pelo ISS.

Entretanto, tais rendas advêm de **atividades tipicamente financeiras**, isto é, decorrem de operações de crédito pactuadas entre o banco autuado e o solicitante, não se tratando de prestação de serviços.

Vale lembrar que a expressão "prestar serviços" compreende um negócio jurídico composto pelas figuras indissociáveis do prestador e tomador, vinculados necessariamente a uma **obrigação de fazer**. No presente caso, vê-se que a natureza da obrigação é de **dar**, e não de fazer, devendo ser afastada a pretensão de tributação pelo ISS.

Nesse sentido, leciona José Eduardo Soares de Melo[4]:

> É forçoso que a atividade realizada pelo prestador se apresente sob a forma de **obrigação de fazer**. Eis aí outro elemento caracterizador da prestação de serviços. Só será possível a incidência do ISS se houver um negócio jurídico mediante o qual uma das partes se obrigue a praticar certa atividade, de natureza física ou intelectual recebendo, em troca, remuneração. Por outro ângulo, a incidência do ISS pressupõe atuação decorrente do dever de fazer algo até então inexistente, **não sendo exigível quando se tratar de obrigação que imponha a mera entrega**, permanente ou temporária, de alguma coisa que existe. (*destacamos*)

[4] José Eduardo Soares de Melo. **ISS: Aspectos teóricos e práticos**. 2ª Ed: Dialética, São Paulo.

Rua De La Grange, 214 – Três Figueiras - Porto Alegre / RS – CEP 91.330-160
Fone: (0XX51) 33326302 / 33329038 Fax: (0XX51) 33325512 e-mail: ahjm@ahjm.com.br
180480023266 M815

que imponha a mera entrega, permanente ou temporária, de *alguma coisa que existe. (destacamos)*

Daí depreende-se que não merece prosperar a pretensão do município em tributar as receitas financeiras do impugnante, uma vez não observado o critério material de incidência do ISS.

Também a esse respeito, assevera Aires Barreto[5]:

> À luz da Constituição, o ISS não pode incidir onde não haja prestação de serviços. E essa impossibilidade conduz, inexoravelmente, à **inconstitucionalidade da instituição e da exigência desse tributo em casos de atividades que se traduzem em obrigações de dar, que são com ele incompatíveis.** (*destacamos*)

Corroborando com esses entendimentos, o E. TJPR assentou o seguinte posicionamento:

> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. NULIDADE AFASTADA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ISS. ATIVIDADES COMPLEMENTAR Nº 56/87. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. CONTA OUTRAS RENDAS OPERACIONAIS. TRIBUTAÇÃO MANTIDA. CONTAS ADIANTAMENTOS A DEPOSITANTES, EMPRÉSTIMOS, RECUPERAÇÃO DE ENCARGOS E DESPESAS. DO ISS. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL. UM DESPROVIDO. APELO DOIS PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA, NO MAIS, EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.
> No que concerne à conta "rendas de adiantamentos a depositantes", entende-se, como ambos os precedentes acima, que sobre ela não pode haver incidência do ISS, por não enquadrar em qualquer dos itens previstos pela lista de serviços anexa à Lei Complementar 56/87.
> Pelo mesmo motivo, ausência de previsão na lista, é de se excluir a tributação sobre as de empréstimos". Mesmo valendo-se da interpretação extensiva, impossível caracterizar atividade como prestação de serviço bancário nos moldes exigidos pela lei complementar, tanto mais porque indica tratar-se, com mais razão, de típica atividade financeira." (Processo: 0396090-1 - Apelação Cível e Reexame Necessário nº 396.090-1, da 3ª Vara Cível de Cascavel - Apelante: Fazenda Pública do Município de Cascavel. - Apelante dois: Banco Santander Brasil S/A - Apelados: os mesmos - Relatora: Des. Dulce Maria Cecconi – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – Publicado em 01/11/2007). (*destacamos*)

De fato, a atividade-fim, a qual a receita tributada é oriunda, é a concessão de crédito, sendo certo que esta não se sujeita à competência municipal de tributação.

[5] Aires F. Barreto. **Curso de Direito Tributário Municipal**. 2ª Ed: Saraiva, São Paulo, 2012.

Rua De La Grange, 214 – Três Figueiras - Porto Alegre / RS – CEP 91.330-160
Fone: (0XX51) 33326302 / 33329038 Fax: (0XX51) 33325512 e-mail: ahjm@ahjm.com.br
180480023266 M815

A propósito, a competência impositiva acerca da matéria é da União (IOF) atribuída pela Constituição Federal:

> Dos Impostos da União
>
> Artigo 153 Compete à União instituir impostos sobre:
> ...
> V – Operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

Outrossim, admitir-se a tributação pelo ISS implicaria necessariamente em bitributação, a qual é constitucionalmente vedada.

Portanto, não pode prosperar a pretensão municipal de exigir o recolhimento do ISS sobre as receitas contabilizadas nas contas acima referidas.

III - DA ILEGALIDADE DA MULTA CONFISCATÓRIA

No tocante ao percentual excessivo da multa sobre o valor do tributo objeto do lançamento, é flagrante a ilegalidade do auto de infração, eis que prevê a aplicação de multa no total de 110% sobre o valor corrigido do tributo em cobrança.

Saliente-se que, além da multa moratória (10%) prevista pelo artigo 366 da Lei Complementar 28 de 2010, o impugnado cumula a "penalidade tributária" em valor equivalente a 100% do valor corrigido do tributo, com base no artigo 464, §1º, a, item 2 da Lei Complementar 28 de 2010, a qual se mostra inconstitucional.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já julgou tal matéria, reconhecendo a ilegitimidade da cobrança de multa pela inscrição em dívida ativa, senão vejamos:

> MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ISS. MULTA. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ESTABELECIMENTO IRREGULAR. 1. É ilegal a instituição de multa pela inscrição em dívida ativa de crédito tributário. Precedentes do STF. 2. A Fazenda Pública é isenta do pagamento das custas processuais. Lei nº 13.741, de 23 de junho de 2010. Negado seguimento ao recurso. Sentença modificada, em parte, em reexame necessário. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70037472230, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 30/07/2010) (Grifamos)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. MULTA. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ESTABELECIMENTO IRREGULAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. 1. O sujeito passivo da obrigação tributária referente ao ISS incidente sobre a prestação de serviços de arrendamento mercantil é a instituição arrendante. 2. De acordo com o artigo 124, inciso I, do CTN, são solidariamente responsáveis as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da

Rua De La Grange, 214 – Três Figueiras - Porto Alegre / RS – CEP 91.330-160
Fone: (0XX51) 33326302 / 33329038 Fax: (0XX51) 33325512 e-mail: ahjm@ahjm.com.br
180480023266 M815

A propósito, a competência impositiva acerca da matéria é da União (IOF) atribuída pela Constituição Federal:

> Dos Impostos da União
>
> Artigo 153 Compete à União instituir impostos sobre:
> ...
> V – **Operações de crédito**, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

Outrossim, admitir-se a tributação pelo ISS implicaria necessariamente em bitributação, a qual é constitucionalmente vedada.

Portanto, não pode prosperar a pretensão municipal de exigir o recolhimento do ISS sobre as receitas contabilizadas nas contas acima referidas.

III - DA ILEGALIDADE DA MULTA CONFISCATÓRIA

No tocante ao percentual excessivo da multa sobre o valor do tributo objeto do lançamento, é flagrante a ilegalidade do auto de infração, eis que prevê a aplicação de multa no total de 100% sobre o valor corrigido do tributo em cobrança.

Saliente-se que, além da multa moratória (10%) prevista pelo artigo 366 da Lei Complementar 28 de 2010, o impugnado cumula a "penalidade tributária" em valor equivalente a 100% do valor corrigido do tributo, com base no artigo 464, §1º, a, item 2 da Lei Complementar 28 de 2010, a qual se mostra inconstitucional.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já julgou tal matéria, reconhecendo a ilegitimidade da cobrança de multa pela inscrição em dívida ativa, senão vejamos:

> MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ISS. MULTA. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ESTABELECIMENTO IRREGULAR. 1. **É ilegal a instituição de multa pela inscrição em dívida ativa de crédito tributário. Precedentes do STF.** 2. A Fazenda Pública é isenta do pagamento das custas processuais. Lei nº 13.741, de 23 de junho de 2010. Negado seguimento ao recurso. Sentença modificada, em parte, em reexame necessário. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70037472230, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 30/07/2010) (Grifamos)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. MULTA. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ESTABELECIMENTO IRREGULAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. 1. O sujeito passivo da obrigação tributária referente ao ISS incidente sobre a prestação de serviços de arrendamento mercantil é a instituição arrendante. 2. De acordo com o artigo 124, inciso I, do CTN, são solidariamente responsáveis as pessoas

Rua De La Grange, 214 – Três Figueiras - Porto Alegre / RS – CEP 91.330-160
Fone: (0XX51) 33326302 / 33329038 Fax: (0XX51) 33325512 e-mail: ahjm@ahjm.com.br
180480023266 M815

que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Hipótese em que não descreve o lançamento a participação, no fato gerador, do banco integrante do mesmo grupo econômico da empresa prestadora de serviço de leasing. 3. Não há inconstitucionalidade na tributação do arrendamento mercantil ou leasing pelo ISS, porquanto da sua complexidade emerge o caráter de serviço, no qual o prestador agrega o seu trabalho, unindo o fornecimento de um bem material a uma operação de crédito, o que resulta na prestação de um serviço único que vem ao encontro a uma necessidade econômica específica do tomador. 4. É ilegal a instituição de multa pela inscrição em dívida ativa de crédito tributário. Precedentes do STF. Não cabe, igualmente, a cobrança de multa pela exploração de atividade tributável sem licença da autoridade competente vinculada à cobrança do respectivo imposto; Recurso provido, em parte, por ato do Relator. Art. 557 do CPC. (Agravo de Instrumento Nº 70021655261, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 08/10/2007) (Grifamos)

Pela análise da CDA constata-se que as multas pretendidas pela Municipalidade configuram notória ilegalidade e inconstitucionalidade, refletindo seu abuso de poder fiscal, haja vista que possui natureza manifestamente confiscatória, porquanto totalmente exacerbada em relação à suposta falta cometida, como será adiante demonstrado.

Como leciona Sacha Calmon Navarro Coelho6, multas são modalidades de sanções fiscais, de ordem patrimonial, que constituem "quantias pecuniárias a serem entregues ao Estado, pelo fato de se ter deixado de cumprir deveres tributários, principais ou acessórios, previstos em lei. São aplicadas administrativamente através de atos materiais que se consubstanciam em autos de infração."

Assim, as multas tributárias têm caráter punitivo e são utilizadas pela Municipalidade com o objetivo de coagir o autor de ilícitos ao cumprimento de obrigações tributárias principais e/ou acessórias.

Contudo, para o estabelecimento das sanções tributárias alguns limites devem ser obedecidos pelo legislador. E, de pronto, afasta-se o confisco como espécie de sanção para a prática de um ilícito tributário, seja porque a Constituição Federal, no inciso XXII do art. 5º, assegura o direito de propriedade, só autorizando a sua desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social mediante justa e prévia indenização por dinheiro (inciso XXIV, do mesmo dispositivo constitucional); seja porque em seu inciso IV, art. 150, a Constituição Federal veda a utilização de tributo com efeito de confisco7.

---

[6] *Teoria e Prática das Multas Tributárias.* Rio de Janeiro: Forense, 1992. p.50.

[7] *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. MULTA PUNITIVA. VEDAÇÃO DE TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA. ART. 3° DA LEI 8.846/94. ADI 1.075-MC/DF. EFICÁCIA ERGA OMNES DA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.* AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. MULTA PUNITIVA. VEDAÇÃO DE TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA. ART. 3° DA LEI 8.846/94. ADI 1.075-MC/DF. **EFICÁCIA ERGA OMNES DA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. AGRAVO IMPROVIDO. I - **É aplicável a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento pelo contribuinte de suas obrigações tributárias. Precedentes**. II - Eficácia erga omnes da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, conforme disposto no art. 11, § 1°, da Lei 9.868/99. III -

Rua De La Grange, 214 – Três Figueiras - Porto Alegre / RS – CEP 91.330-160
Fone: (0XX51) 33326302 / 33329038 Fax: (0XX51) 33325512 e-mail: ahjm@ahjm.com.br
180480023266 M815

Embora referido dispositivo se refira apenas a tributo, o *Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI-MC 1.075/DF, sedimentou seu entendimento* no sentido de que esta limitação se estende às multas tributárias:

> [...] A tributação confiscatória é vedada pela Constituição da República. [...] - A proibição constitucional do confisco em matéria tributária – ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias – nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita, ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas.
> - O Poder Público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do "quantum" pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. [...] (ADI-MC 1.075/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno do STF, J. 17.06.1998, DJ. 24.11.2006) – grifou-se

Nesse sentido, merece destaque a recente decisão proferida pelo STF na qual considerou confiscatória a fixação de multa de 25% que superava o valor do débito principal:

> "RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRECEITO INSCRITO NO ART. 150, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CARÁTER SUPOSTAMENTE CONFISCATÓRIO DA MULTA TRIBUTÁRIA COMINADA EM LEI – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE CONFISCATORIEDADE DO TRIBUTO – CLÁUSULA VEDATÓRIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO MATERIAL AO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E QUE TAMBÉM SE ESTENDE ÀS MULTAS DE NATUREZA FISCAL – PRECEDENTES – INDETERMINAÇÃO CONCEITUAL DA NOÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO – DOUTRINA – PERCENTUAL DE 25% SOBRE O VALOR DA OPERAÇÃO – 'QUANTUM' DA MULTA TRIBUTÁRIA QUE ULTRAPASSA, NO CASO, O VALOR DO DÉBITO PRINCIPAL – EFEITO CONFISCATÓRIO CONFIGURADO – OFENSA ÀS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS QUE IMPÕEM AO PODER PÚBLICO O DEVER DE PROTEÇÃO À PROPRIEDADE PRIVADA, DE RESPEITO À LIBERDADE ECONÔMICA E PROFISSIONAL E DE OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE – AGRAVO IMPROVIDO." (RE 754554 AgR/GO, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, J. 22.10.2013, DJ. 27.11.2013
> Dessa forma, por tratar-se de restrição a direito fundamental – direito de propriedade, a legislação que a preveja deve obedecer ao princípio constitucional da proporcionalidade e da razoabilidade, ou seja, a multa

Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida. IV - Agravo regimental improvido. (AI 482281 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma do STF, J. 30.06.2009, DJ. 21.08.2009) - *grifou-se*

Rua De La Grange, 214 – Três Figueiras - Porto Alegre / RS – CEP 91.330-160
Fone: (0XX51) 33326302 / 33329038 Fax: (0XX51) 33325512 e-mail: ahjm@ahjm.com.br
180480023266 M815

tributária deve ser proporcional à infração tributária prevista na legislação, ou ainda, a multa tributária não pode ser despropositada em razão da natureza da infração tributária, como pretendido no caso em apreço, em que a finalidade da multa está sendo desvirtuada a medida em que sua função deixa de ser sancionatória para se revelar arrecadatória.

Quanto à proporcionalidade e razoabilidade da multa fiscal o STF também já firmou entendimento ao julgar o RE 582.461, sob o rito de recurso repetitivo, no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade de multas exorbitantes:

> [...] 4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 582.461/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno do STF, J. 18.05.2011, DJ. 18.08.2011) – grifou-se

Mostra-se confiscatória, portanto, a multa fixada no caso em tela, haja vista que suprime o direito de propriedade do impugnante, impedindo, em parte, o exercício de sua atividade negocial, sendo, por isto, inconstitucional a legislação que a estabeleça.

Outrossim, pode o Poder Judiciário no controle difuso da constitucionalidade das leis, deixar de aplicar, por julgar inconstitucional, lei que imponha ao infrator multa confiscatória ou desproporcional, ou ainda, excluir ou mitigar a multa fiscal imposta pela autoridade administrativa, a fim de enquadrá-la como constitucional. Nesse sentido, há muito o STF já decidiu:

> TRIBUTÁRIO. Multa de mora. Se pode atingir a 100% a multa tributária pela simples falta de pagamento do tributo no prazo. Se a multa, considerada confiscatória, pode ser reduzida pelo Poder Judiciário. Recurso extraordinário da Fazenda Pública, com a alegação de contrariedade ao princípio da indelegabilidade da função legislativa (art. 6º, parágrafo único, da Constituição). Matéria não ventilada no acórdão recorrido. Aplicação dos enunciados 282 e 356 da Súmula. (RE 92165/MG, Rel. Min. Décio Miranda, Segunda Turma, J. 14.03.1980, DJ. 11.04.1980) – grifou-se.

Isto posto, imperioso concluir que a multa pretendida é inconstitucional, pois afronta direitos e princípios fundamentais, já que confiscatória, especialmente considerando-se a cumulação dos percentuais atinentes a multa moratória e multa punitiva, razão pela qual deve ser reconhecida sua nulidade.

Rua De La Grange, 214 – Três Figueiras - Porto Alegre / RS – CEP 91.330-160
Fone: (0XX51) 33326302 / 33329038 Fax: (0XX51) 33325512 e-mail: ahjm@ahjm.com.br
180480023266 M815

Porém, se assim não entender Vossa Excelência, requer o *Embargante a redução da referida multa, de modo a enquadrá-la nos limites impostos* pela Constituição Federal, acima tratados.

Conclui-se, portanto, que os valores lançados por meio do auto de infração que deu origem à presente execução estão totalmente equivocados, impondo-se a decretação de sua nulidade, determinando-se, em consequência, a imediata extinção do processo.

IV - DO PEDIDO

Considerando os relevantes fatos e argumentos expostos, bem como os documentos ora juntados, visando evitar prejuízos irreparáveis e o prosseguimento da ação fiscal, há a necessidade do provimento da presente DEFESA para que:

a) seja reconhecida a nulidade do auto de infração e lançamento em face do enquadramento genérico das contas autuadas à lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/03, bem como da multa aplicada;

b) seja afastada a indevida exigência do tributo levada a efeito por meio do auto de infração, reconhecendo-se a inexigibilidade de ISS sobre as atividades bancárias listadas;

c) seja extinto definitivamente o crédito tributário lançado através auto de infração e lançamento nº 0045/2018;

d) o afastamento da penalidade por infração (100%) prevista no artigo 464, §1º, a, item 2 da Lei Complementar 28 de 2010;

e) seja afastada a multa moratória (10%) prevista no artigo 366 da lei Complementar 28 de 2010, eis que confiscatória;

f) por fim, requer que toda e qualquer notificação / intimação deste procedimento seja realizada exclusivamente na pessoa do advogado Humberto Jardim Machado, inscrito na OAB/RS sob o nº9.657, estabelecido profissionalmente na Rua De La Grange, 214, bairro Três Figueiras, Porto Alegre / RS, CEP.91.330-160.

Termos em que,
Pede deferimento.

Porto Alegre, 17 de agosto de 2018.

Humberto Jardim Machado
OAB/RS 9.657

Marcelo de Medina Coeli da Costa
OAB/ RS 59.723

Rua De La Grange, 214 – Três Figueiras - Porto Alegre / RS – CEP 91.330-160
Fone: (0XX51) 33326302 / 33329038 Fax: (0XX51) 33325512 e-mail: ahjm@ahjm.com.br
180480023266 M815