

AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E A TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO: UMA ANÁLISE DAS OPERAÇÕES COM O BNDES

Marcela Medrado Passos Gomes¹

Sumário: 1. Introdução – 2. Considerações iniciais – 3. A tributação das atividades bancárias: IOF x ISS – 4. Operações com o BNDES e a Remuneração da Instituição Financeira Credenciada – 5. Etapas e natureza da operação – 6. Composição do financiamento – 7. A remuneração da Instituição Financeira Credenciada – 8. Conclusão – 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É inegável o conflito de competência existente entre o Fisco Municipal e o Fisco Federal que, na sanha arrecadatória, pretendem que o mesmo fato presuntivo de riqueza, ou seja, o mesmo evento econômico, seja tributado pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, como se prestação de serviços fosse, e, ainda, pelo Imposto sobre Operações de Crédito, considerando se tratar de operação creditícia.

Em verdade, a União dedica poucos esforços para uma tributação precisa e eficaz em torno do IOF, permitindo,

1. Advogada, Mestre pela USP/SP, Professora e Assistente de Coordenação do IBET Salvador (BA).

consequentemente, que os Municípios desbordem seu campo de competência, pretendendo uma tributação sobre operações que não configuram verdadeiras prestações de serviços. Daí surgem os conflitos de competência tributária e, até mesmo, os casos de dupla tributação, veementemente rechaçados pelo nosso ordenamento jurídico.

Relativamente às atividades realizadas pelas instituições financeiras autorizada a funcionar pelo Banco Central, para que haja o completo desenvolvimento das atividades de captação e empréstimo de recursos, essas realizam operações de crédito, ora na qualidade de devedor, ora na qualidade de credor, prestam efetivos serviços aos seus clientes, realizam operações acessórias que complementam o atendimento da operação final almejada e, simplesmente, realizam sequências de outras atividades em proveito próprio, imprescindíveis para a consecução do trabalho final. Todas essas atividades, sejam elas referentes a prestação de serviços, a meros ingressos, a reembolsos e, ainda, a operações creditícias propriamente ditas, sobretudo por gerar receita e despesas, precisam da necessária escrituração contábil. Entender a natureza jurídica dos valores auferidos para fim de oferecê-los à correta tributação, não obstante as normas contábeis do Banco Central a respeito do registro dos ingressos financeiros, é o maior desafio das instituições financeiras.

Precisamente no que se refere às operações realizadas junto ao Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES, muito se discute acerca da tributação dos valores auferidos pelas *Instituições Financeiras Credenciadas* a operar nas mais diversas linhas de financiamentos.

O presente trabalho se dedica, portanto, a uma análise preliminar das chamadas atividades bancárias, especial daquelas realizadas junto ao BNDES e o problema da tributação.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A determinação da abrangência do campo material da competência privativa em matéria de ISS e IOF exige o

aprofundamento do estudo dos termos *prestação de serviços e operações de crédito*, tais como postos constitucionalmente.

Como primeiro pressuposto básico de indagação, e premissa maior a ser fixada, já que tratamos, no âmago, de conflitos de competência, temos que a Constituição Federal, em prestígio ao Pacto Federativo e à Autonomia Municipal, fixou, quando da repartição das competências tributárias, balizas constitucionais intransponíveis.

A distribuição de competências tem como traço característico a outorga com exclusividade a cada ente federado, o que significa dizer que, a atribuição de modo privativo, exclusivo, excludente, da competência tributária a uma das pessoas político-constitucionais implica proibição peremptória para exploração desse campo tributário por outro ente. Vê-se, portanto, que se por um lado é restrita a competência dos Municípios para instituir tributos, por outro, é inequívoca a incompetência de quaisquer outros entes federado para legislar sobre as mesmas matérias.

A Constituição Federal de 1988 não criou tributos, mas delineou competências tributárias para que as pessoas políticas de direito público os criassem, mediante lei e em conformidade ao processo legislativo previsto constitucionalmente.

A delimitação minuciosa da competência de cada ente tributante decorre da rigidez e inflexibilidade do Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. Ao erguer um sistema tributário extenso e cuidadoso, o constituinte buscou afastar conflitos, atritos, dúvidas e problemas decorrentes de sua aplicação.

Nesse contexto, não obstante o minucioso, preciso, rígido e exaustivo sistema constitucional, a Constituição Federal é, também, plástica, se adaptando às mais diversas necessidades dos tempos e circunstâncias. Assim, podemos afirmar que a rigidez do sistema constitucional não encontra óbice nas possibilidades de mutação e evolução do próprio sistema.

Diversas referências sígnicas foram inseridas no texto constitucional, tidas como preceitos a serem necessariamente

observados pelo legislador na instituição dos respectivos tributos. No intuito de aclarar os parâmetros interpretativos da competência tributária e, até mesmo, de delimitar o campo de atuação do legislador infraconstitucional, impõe-se, primeiramente, o reconhecimento da existência de limites postos constitucionalmente e a demarcação destas balizas.

Diante do papel da lei complementar no sistema, quer nos parecer que o melhor entendimento acerca da interpretação dos signos constitucionais diz respeito à construção dos conceitos tributários por meio de um processo eminentemente constitucional, devendo o legislador infraconstitucional simplesmente reconhecer tais conceitos como balizadores de sua atuação. Ao legislador infraconstitucional cabe, tão somente, dar contornos mais nítidos aos conceitos já previamente estabelecidos no texto constitucional.

A determinação de conceitos constitucionais-tributários deve partir, portanto, da análise do próprio texto constitucional, da conotação dos seus signos, e de modo a esgotar a análise dos enunciados que substanciam a Carta Magna. Ao intérprete, caberá perquirir, em face da acepção jurídica preexistente de cada signo constitucional positivado, se houve sua recepção pela nova ordem constitucional, ou se houve a alteração ou transformação desse significado (positivação de conceito autônomo), concluindo-se, assim, pela não-recepção do conceito.

Considerando-se que não se presume o acolhimento de conceitos autônomos, a alteração ou transformação do conceito, à luz da nova ordem jurídica, deverá ser devidamente demonstrada mediante os comandos normativos constantes na nova ordem instalada.

Feitas essas ponderações, observa-se que ao legislador infraconstitucional será atribuído campo restrito de atuação, totalmente adstrito ao signo semântico constante do texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988 adota um conceito preciso de tributo, embora faça o uso de forma implícita, de modo que

o reconhecimento do instituto se dará pela reunião de princípios e normas que tratam de um fato ou situação jurídica. Assim, o conceito jurídico-positivo de tributo será construído pelo intérprete a partir da análise das normas jurídicas constitucionais e não pela verificação das disposições constantes na legislação infraconstitucional que trata da matéria tributária.

Estabelecidas as premissas iniciais, voltando ao campo da tributação do ISS e do IOF, temos que “operações” e “prestação” não são vocábulos equivalentes e a distinção entre os institutos deve partir da análise sistemática da Carta Constitucional. A demarcação de tais conceitos é pressuposto necessário a se evitar a incidência de imposto sobre fato jurídico não previsto em sua hipótese.

Por não admitirmos o chamado *bis in idem* supostamente permitido pela legislação, entendemos não ser possível aceitar que, de forma direta ou indireta, os eventos tributáveis pelo IOF sejam serviços que, ao menos em tese, estejam passíveis de tributação pelo ISS. Não estamos diante de dois eventos distintos que implicam a incidência de tributos distintos. O fato jurídico tributável é um só; ou se tem prestação de serviço, passível de incidência do ISS, ou se tem operação de crédito, por exemplo, passível de incidência do IOF. A incidência concomitante, ao nosso ver, não é permitida pelo ordenamento.

Dentre os doutrinadores² que comungam desse entendimento nos valem das precisas lições do saudoso jurista Aires F. Barreto³, para o qual, de acordo como o nosso sistema constitucional “*a circunstância de um imposto onerar um fato exclui, de modo absoluto, qualquer outra oneração tributária sobre esse mesmo fato. Não há a possibilidade jurídica de incidência*”

2. Nesse sentido, são as lições de Geraldo Ataliba (ICM: Base de Cálculo. Revista de Direito Tributário), Cléber Giardino (ISS – Competência Municipal. Revista de Direito Tributário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n° 32, 1985), Aires F. Barreto (ISS na Constituição e na Lei. São Paulo: Dialética, 2003) e José Eduardo Soares de Melo (ICMS Teoria e Prática. São Paulo: Dialética, 1995).

3. BARRETO, Aires. F. *Curso de direito tributário municipal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.

de duas leis tributárias sobre o mesmo fato (fenômeno que parte da doutrina qualifica de bitributação). Essa duplicidade, muito comum em outros sistemas jurídicos, foi rigorosamente tratada pelos nossos legisladores constituintes, desde 1934. Daí ter sido peremptoriamente excluída, no Brasil, a possibilidade de duas entidades tributantes onerarem o mesmo”.

3. A TRIBUTAÇÃO DAS ATIVIDADES BANCÁRIAS: IOF X ISS

É certo que não existe um imposto sobre *operações financeiras*. Tal expressão sequer encontra previsão no texto constitucional vigente.

Encontramos no texto de 1988, por outro lado, cinco bases econômicas distintas e que não podem ser resumidas, nem mesmo subsumidas, ao gênero *operações financeiras*.

Nem todas as atividades praticadas pelas instituições financeiras estão sujeitas aos impostos em comento. Muitas delas não configuram operações creditícias, operações cambiais, securitárias ou com títulos e valores mobiliários. Muitas vezes caracterizadas por inequívocas prestações de serviço, estão sujeitas, tão somente, ao imposto de competência Municipal. Pessoas jurídicas, entidades não financeiras que efetivamente realizarem uma das hipóteses de incidência da norma, estarão sujeitas aos impostos em questão, uma vez que o fato de ser intuição financeira não consta no critério material do tributo.

A operação de crédito por excelência é aquela em que a prestação se faz, e a contraprestação se promete em dinheiro. Há a confiança como elemento intrínseco e indispensável daquele que fornece o crédito na solvência do devedor.⁴ Para que a operação de crédito reste configurada é necessário, portanto, que a troca de prestações não seja contemporânea, ou seja, é imprescindível que haja um lapso temporal entre estas, sendo uma prestação presente (termo inicial) e outra futura

4. “Crédito”, do latim *credere*, remete a ideia de confiança, segurança.

(termo final). A operação de crédito não é apenas um negócio jurídico fundamental, mas envolve uma série de outros atos sem os quais não se realizaria.

Por certo, a operação de crédito não é atividade privativa das instituições financeiras. Alguns negócios jurídicos em que os bancos são figurantes, podem ser realizados por pessoas físicas ou jurídicas, que não são bancos. Em tais casos, porque não há qualificação subjetiva, o negócio jurídico não é bancário.⁵ O caráter financeiro da operação não advém do fato de ela ser “de crédito”, mas sim em razão da circunstância da operação envolver uma entidade financeira. Por isso, falamos ser uma atecnia admitir que todas as operações de crédito são de cunho financeiro.⁶ Somente possuem caráter financeiro, as operações que envolvem uma entidade financeira em um dos polos.

Mas não apenas de operações creditícias as instituições financeiras subsistem. Pesquisas apontam que, atualmente, cerca de 20% da sua receita advém da prestação de serviço, cujas mais diversas atividades vêm sendo ofertadas pelos Bancos no mercado.

Para que possamos com melhor respaldo distinguir a prestação de serviço das operações de crédito, passamos, então a tecer algumas considerações necessárias ao entendimento do imposto sobre serviços de qualquer natureza e seu arquétipo constitucional.

Em seus valiosos ensinamentos, Aires F. Barreto⁷ categoricamente afirmava que a delimitação do conceito de serviço

5. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1983.

6. Ao contrário do quanto propugnamos, o Banco Central sustenta que as operações de crédito envolverão, sempre, uma Instituição Financeira: “Chama-se de operação de crédito o contrato realizado entre um consumidor (denominado tomador ou devedor) e uma instituição financeira (denominada credora), que coloca à disposição do tomador determinado montante de recursos financeiros, comprometendo-se o tomador a devolver esses recursos em um determinado prazo, acrescido de juros.” (vide http://www.bcb.gov.br/Fis/decic/bolconfin/Boletim_Consumo_e_Finan%E7as4.pdf)

7. BARRETO, Aires. F. *Curso de direito tributário municipal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

tributável requer que o início dessa construção se dê no plano constitucional. O imposto se predefine na Constituição, sendo reservados à legislação infraconstitucional, apenas, os contornos nítidos da sua hipótese de incidência. O cerne e suas delimitações serão extraídos da Carta Magna, ao passo que caberá à lei ordinária o papel de conferir detalhes mais precisos.

Lei complementar não cria tributo; o constituinte trouxe seu conceito, estabelecendo parâmetros e diretrizes, a fim de que o legislador infraconstitucional, à luz das balizas então fixadas, pudesse defini-lo. Ao legislador infraconstitucional é dada “*certa margem de discricionariedade para a definição dos precisos contornos da regra-matriz de incidência*”. Não obstante essa discricionariedade, o legislador infraconstitucional necessita respeitar as imposições contidas “*no altiplano constitucional*”, sob pena de mácula ao texto constitucionalmente disposto.

Noutras palavras, muito embora a Constituição não defina explicitamente o conceito de serviço para fins tributários, isso não autoriza o intérprete a fazê-lo a seu bel prazer. Pelo contrário, o intérprete está condicionado por todo o contexto constitucional, pelas exigências dos princípios fundamentais e pelas insinuações sistemáticas, suficientemente vigorosas, para condicioná-lo decisivamente.

A expressão de serviço está condicionada por todo o contexto constitucional, pelas exigências dos princípios fundamentais e pelas insinuações sistemáticas, suficientemente vigorosas para balizá-la decisivamente⁸. Como grande desafio, o legislador infraconstitucional recebe a tarefa de definir os conceitos em discussão, principalmente aqueles que se confundem com limites de outros conceitos, a fim de dirimir os conflitos de competências, devendo fazê-lo, no entanto, não de maneira plena, mas sempre em cotejo com as fronteiras competências fixadas no texto maior. A Constituição Federal impõe ao intérprete a busca construtiva dos seus significados dentro dos limites fixados no seu texto, cabendo-lhe apenas delinear as competências

8. BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na lei*. Dialética. São Paulo, 2003, p. 27.

e desenhar os arquétipos das hipóteses de incidências, a serem descritas pelas leis instituidoras dos tributos.

Precisamente no tocante ao ISS, a lei complementar deve-se limitar a listar ou definir atividades que, por sua natureza, configurem serviço, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. Não poderá o legislador infraconstitucional alterar o texto Supremo e retirar a competência constitucional de uma entidade política e dar a outra.

Em estudo do tema, Simone Costa Barreto⁹ concluiu que o conceito constitucional de serviço, “cujo núcleo é, e só pode ser, uma obrigação de fazer”, advém do Direito Civil e foi pela Constituição Federal de 1988 incorporado.

“Os enunciados existentes no Texto Constitucional que tratam do ISS não trazem a definição do conceito de serviço, signo referido na repartição da competência tributária aos Municípios. Sendo assim, forçoso concluir-se que o constituinte valeu-se do conceito preexistente desse signo, comum na linguagem jurídica antes mesmo da promulgação da Carta de 1988.

Com o advento do Código Civil de 1916, cujo artigo 1.216 dispunha que “toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”, a doutrina se debruçou sobre o conceito de serviço. Contrapondo-o com a definição do conceito de locação de coisas inserto no art. 1.188 do mesmo Código (“na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição”), concluiu que o serviço tem como núcleo uma obrigação de fazer, diferenciando-a da obrigação de dar. [...] Pode-se dizer, assim, que o conceito constitucional de serviço – cujo núcleo é, e só pode ser, uma obrigação de fazer – advém do Direito Civil.

Vale registrar que disposições de idêntico teor ao dos arts. 1.188 e 1.216 do Código Civil de 1916 estão contidas nos arts. 565 e 594 do Código Civil de 2002, de modo que o sentido atribuído pelos juristas ao signo serviços no passado permanece intocável nos dias atuais”.

9. BARRETO, Simone Costa. Conceito constitucional de serviços de qualquer natureza. XIV – Congresso de Estudos Tributários: Racionalização do Sistema Tributário. São Paulo, 2018.

Assim, partindo-se do texto constitucional, apontamos, as seguintes conclusões sobre os pressupostos negativos de sua conceituação: do conceito de serviço tributável deve ser excluído (i) o serviço público, uma vez que subsumível a regime de direito público e sujeito às imunidades tributárias, por força do estatuído na alínea “a”, do inciso III, do art. 150 da Lei Maior; (ii) o trabalho “para si próprio”, que, em razão da ausência de cunho econômico no seu conteúdo ontológico, não é serviço tributável à luz da Constituição, porquanto, em consideração às exigências da isonomia, a prestação de serviços há de ter conteúdo econômico; (iii) os serviços prestados em regime familiar, altruístico, desinteressado e filantrópico, por lhes faltar o conteúdo negocial; (iv) o trabalho efetuado na relação de emprego ou subordinação, seja a empregador privado, seja ao Poder Público, cujo conteúdo econômico é excluído em razão de seu cunho alimentar; e, ainda, não fazem parte do conceito de serviço tributável pelo ISS (v) os serviços que foram atribuídos à competência dos Estados, quais sejam, os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, conforme prescrito pelo art. 155, II da Constituição.

Acerca dos aspectos inerentes ao conceito de serviço, Roque Antonio Carrazza¹⁰ já sustentava que “a prestação de serviços, para ser alvo de ISS, há de ser feita a terceiros, em caráter negocial. De fato, os serviços que a pessoa, física ou jurídica, executa em seu próprio proveito, estão fora do âmbito de incidência deste imposto”.

Decompondo-se os aspectos inerentes ao conceito de serviço tributário demarcado no campo constitucional, encontramos: (i) o desenvolvimento do esforço humano; (ii) com conteúdo econômico (não compreende, portanto, atividade sem valor que, embora seja serviço, não é tributável); (iii) e resultado desejável, útil; (iv) direcionado a outrem (o tomador do serviço não pode ser “si próprio”); (v) sem subordinação; (vi)

10. CARRAZA, Roque Antonio. Grupo de empresas – autocontrato – não-incidência de ISS – questões conexas, *Revista dialética de direito tributário* n° 94, p. 117.

sob o regime de direito privado; (vii) com remuneração em contrapartida; e, por fim, (viii) não compreendido na competência de outro ente tributário.

Nos valendo das conclusões do mestre Aires F. Barreto, entendemos como serviço tributável por meio do ISS a prestação de esforço humano a terceiros, com conteúdo econômico, em caráter negocial, sob regime de direito privado, tendente à obtenção de um bem material ou imaterial. Neste sentido, temos que o Imposto sobre Serviços, somente poderá recair sobre as obrigações de fazer, nenhuma outra. A distinção entre obrigações de dar e fazer se mostra de todo relevante sobretudo a fim de se evitar a invasão de competência de um ente tributante para com o outro, notadamente quando se está diante do ISS, IOF, ICMS e IPI.

Para que reste caracteriza a incidência do ISS não basta a presença do serviço, tal qual constitucionalmente pressuposto, necessário se faz a análise das atividades desenvolvidas pelo contribuinte, a fim de que reste afastado, de plano, a incidência do tributo sobre aqueles serviços que não configuram atividade fim do sujeito passivo. É com base nisso que asseveramos que, embora essenciais para a consecução da atividade fim, as meras atividades meio, instrumentáveis, preparatórias, sem vida própria e sem a autonomia necessária para configurar um serviço individualizado, não podem configurar base imponible do ISS.

Considerando que a realidade brasileira não permitiria aos milhares de municípios a liberdade para definir os serviços tributáveis, nasce a necessidade da legislação nacional - como é a Lei Complementar nº 116/03 - para harmonizar as atividades exigíveis, em conformidade com os preceitos constitucionais. A taxatividade da lista de serviços já foi reconhecida tanto no âmbito doutrinário quanto no âmbito jurisprudencial e, no que se refere aos serviços bancários, ela igualmente se impõe, sendo imperioso afastar eventuais aplicações analógicas. Admite-se, outrossim, interpretação extensiva da lista para abarcar serviços congêneres, o que não

afastar a proeminente necessidade de se identificar a natureza da atividade prestada.

A despeito da competência outorgada ao legislador complementar para definir normas gerais de natureza tributária, bem assim evitar possíveis conflitos de competência, não podemos enxergar a lista de serviços anexa à lei complementar como norma cogente e ignorar que, em alguns casos, o arquétipo constitucional do imposto vem sendo desrespeitado ou, ainda, haja nítida invasão na ceara de competência de outro ente tributante. Não é porque uma atividade foi arrolada como serviço pela Lei Complementar 116/2003 que, efetivamente, detenha tal característica.

Diante das nuances então apontadas é que surge, para as instituições financeiras, o cenário de insegurança na tributação. A dualidade operações de crédito *versus* prestação de serviços, faz crescer a necessidade de se aclarar as atividades por si realizadas, se valendo dos diversos meios aptos a comprovar a natureza dano sentido de comprovar a real sujeição tributária. Torna-se necessário, portanto, a investigação da natureza jurídica das receitas contabilizadas, sejam elas referentes a prestação de serviços, a meros ingressos, a reembolsos e, ainda, a operações creditícias propriamente ditas, para fim de oferecê-las à correta tributação.

Utilizando-se com certa liberdade de nomenclaturas e rubricas próprias, as Instituições Financeiras organizam seus registros contábeis, inserindo nas diversas contas do Plano Contábil das Instituições Financeiras do Sistema Financeiro Nacional - COSIF, diferentes tipos de receitas.

As diretrizes consubstanciadas no Plano COSIF, tal qual a existência de títulos contábeis, não pressupõe a permissão para a prática de operações ou serviços vedados por lei, tampouco induzem tributação dos atos de tal forma escriturados. Trata-se de normas exigidas, apenas, no âmbito do mercado financeiro, para fins de adequação da contabilização e escrituração das operações das instituições financeiras. Em outras

palavras, a Contabilidade Sintética das Instituições Financeiras (COSIF) foi criada com o intuito de permitir ao Banco Central um controle operacional das Instituições Financeiras e não para que os Municípios e a União dela se valham, irrestritamente, para fins de incidência tributária.

Considerando a diversidade dos registros contábeis, contas e subcontas COSIF, bem como a possibilidade de não ser especificado de maneira inequívoca o tipo de receita lançada, compete ao Fisco, quer seja Federal, quer seja Municipal, pesquisar e examinar pormenorizadamente a natureza do evento econômico realizado, para fim de oferecer a correta tributação.

Relativamente às operações realizadas junto ao BNDES, objeto do presente estudo, por entender se tratar de operação cuja natureza é intrinsecamente financeira, as Instituições Financeiras registram o *spread do Agente* na conta *COSIF 7.1.1.15.00-3 - Rendas de Financiamentos*, que se destina à contabilização de valores auferidos em operações de crédito, oferecendo-os à tributação da União Federal, mediante o Imposto sobre Operações de Crédito (IOF).

As Autoridades Municipais, por sua vez, na defesa da incidência do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISS), afirmam se estar diante de nítida prestação de serviço, cuja atividade estaria devidamente enquadrada no item 15.08 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003¹¹, daí porque devida a incidência do imposto de competência municipal.

Em que pese o pressuposto de veracidade dos registros contábeis efetuados no Plano de Contas apresentado pelas Instituições Financeiras, repisamos que o resultado da análise dos registros contábeis não pode ser obtido de maneira discricionária, a permitir interpretação irrestrita das receitas contabilizadas. As principais balizas verificadas dizem respeito

11. 15.08 – Emissão, reemissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito; emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres; serviços relativos a abertura de crédito, para quaisquer fins.

aos limites constitucionais da tributação das materialidades impositivas que gira em torno da “prestação de serviço” e da “operação de crédito”, que devem nortear os Municípios e a União no exercício da competência constitucional que lhes foi outorgada e, ainda, à taxatividade da lista de serviços.

De certo, para a precisa incidência tributária necessário se faz a análise da operação, como se dá a participação da instituição financeira, bem assim a natureza da remuneração auferida.

4. OPERAÇÕES COM O BNDES E A REMUNERAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CREDENCIADA

A concessão do crédito, atividade financeira preponderante das Instituições Bancárias, possui como contrapartida a remuneração do capital ofertado pelo Banco aos seus clientes, na forma de juros e demais contraprestações avençadas. Notadamente por se tratar de entrega de capital com promessa de futura devolução em contratos de mútuo, essas contraprestações que advêm do crédito concedido aos clientes levam em conta não só o valor efetivamente entregue, mas também o risco assumido pela instituição financeira em tais operações ao disponibilizar capital. A assunção do risco, em algumas situações, tem como contrapartida o pagamento de uma tarifa e/ou comissão. Tais valores não configuram receita tributável pelo ISS, haja vista não se trata de contraprestação por serviço realizado.

Os valores auferidos pelas Instituições Financeiras Credenciadas na operação de financiamento de linha de crédito do BNDES (Remuneração da Instituição Financeira Credenciada), igualmente, não estão sujeitos à tributação do ISS. Trata-se de operação complexa de financiamento em que os Bancos, na qualidade de Agentes Financeiros, operam junto ao BNDES na operação de concessão de crédito e, para tanto, auferem valores que representam o risco do crédito assumido. Não se está diante de prestação de serviço passível de tributação pelo imposto de competência municipal, mas, sim, de nítida operação creditícia diferenciada que, embora envolva

várias etapas acessórias para sua consecução, a sua natureza creditícia final não resta desconfigurada.

5. ETAPAS E NATUREZA DA OPERAÇÃO

O BNDES, ou Sistema BNDES, entendido como conjunto de entidades constituído pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e suas subsidiárias, assim compreendendo a Agência Especial de Financiamento Industrial (FINAME), o BNDES Participações S.A. (BNDESPAR), BNDES Public Limited Company (BNDES PLC) e demais instituições que vierem a ser constituídas pelo BNDES, é o principal instrumento de financiamento de longo prazo para a realização de investimentos em todos os segmentos da economia. Possui diversos programas de apoio ao Governo Federal, atuando com as mais diversas linhas de financiamento.

Três são as possíveis modalidades de apoio, cuja escolha do Cliente dependerá da finalidade e do valor a ser financiado: direta, indireta e mista. Para o presente estudo, nos interessa a análise, apenas, da forma indireta de financiamento, em que há a atuação da instituição financeira para a perfectibilização do contrato principal de crédito.

Para que o BNDES alcance clientes potenciais em todo o território nacional e, até mesmo no exterior, grande parte de suas operações é realizada de *forma indireta*. Como o BNDES não tem agências, para fazer com que seus recursos cheguem a todos os municípios do Brasil, sua atuação se dá, basicamente, por meio de parceria firmada com uma rede de Instituições Financeiras Credenciadas.¹²

12. Algumas das instituições financeiras credenciadas a operar junto ao BNDES: ABC-Brasil, AFParana, Alfa BI, Alfa CFI, Badesc, Badesul, Banco do Brasil, Bancoob, Bandes, Banese, Banestes, Banrisul, Basa, BDMG, BI BM, BNB, BNP Brasil, Bradesco BM, Bradesco LS, BRDE, BTMU BR, BV LS, Caixa, Caterpillar BM, Ccred, Citibank BM, CNH BM, Cresol Baser, Cresol SC-RS, Daycoval BM, Desenharia, Desenvolve SP, DLL BM, Guanabara BM, HSBC, ING Bank, Itaú Unibanco BM, Itaucard BM, Itaucard BM Itau Leasing, John Deere BM, J Safra BM, KDB BM, Mercedes BM, Moneo BM, Paraná BM, Rabobank, Randon BM, Rendimento

Essas instituições, também chamadas de “Agentes Financeiros”,¹³ são as responsáveis pela análise e aprovação do financiamento, bem como pela negociação de garantias com o Interessado,¹⁴ assumindo, assim, o risco de crédito junto ao BNDES. Nesses casos, a análise do financiamento é feita pela instituição financeira credenciada, responsável por aceitar, ou não, o pedido de crédito solicitado pelo Beneficiário.

Seguindo suas políticas internas, normas de concessão de crédito e padrões de análise de risco, as instituições financeiras credenciadas não apenas têm autonomia para conceder crédito, como são inteiramente responsáveis por processar, analisar, aprovar a solicitação do Interessado e, até mesmo, alterá-la nos prazos e valores (percentual de participação do financiamento), respeitadas as regras e limites definidos pelo BNDES, Banco Central e instrumentos normativos que regem tais contratos. São as instituições credenciadas que definem também as garantias da operação, assumindo o risco do financiamento.

Tanto em operações automáticas – com valor inferior a 20 milhões e sem avaliação previa do BNDES – quanto em não automáticas – superam 20 milhões e necessitam de *Consulta Prévia* –, para concessão do crédito pelos Agentes Financeiros, mediante edição de Circulares e outros normativos¹⁵, o BNDES estabelece critérios, condições e procedimentos operacionais a serem observados nas operações (definição

BM, Rodobens BM, Safra BM, Safra LS, Santander BM, Scania BM, Sicredi, Stara Financeira, Sumitomo, Tribanco BM, Volkswagen BM, Volvo BM e Votorantim BM.

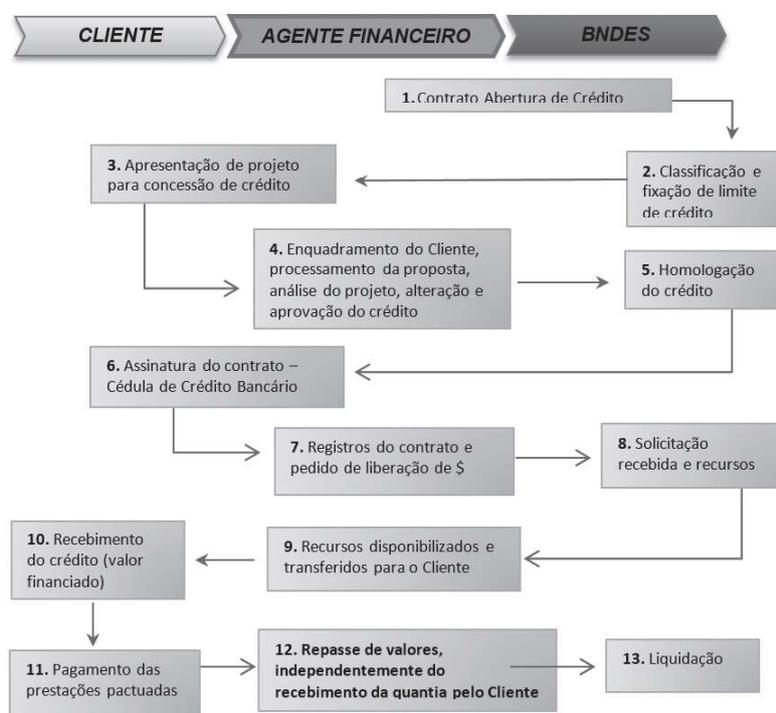
13. Por “Agente Financeiro”, nos termos da Resolução 665/87 e Resolução 660/87 do Banco Central, entendemos a Instituição Financeira credenciada no BNDES, que recebe deste um limite de crédito, para realizar operações no âmbito das linhas, produtos e programas do Banco.

14. Por “Interessado” entenda-se o Cliente, o Beneficiário, Creditado, Fiançado, Mutuário, Avalizado, Afiançado, dentre outros termos por vezes utilizados para designar o contratante, tomador de recursos financeiros.

15. <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/instituicoes-financeiras-credenciadas/normas/normas-operacoes-indiretas>

das linhas de financiamento; empresas beneficiárias; itens financiáveis; condições de financiamento, incluindo a remuneração básica do BNDES; prazos, encargos moratórios devidos pelas Instituições Financeiras em caso de inadimplemento; etc.).

Em síntese, a operação indireta automática¹⁶ poderá ser representada pelo seguinte fluxograma:



Etapa 1: o Agente Financeiro firma com o BNDES o Contrato de Abertura de Crédito. Mediante avaliação periódica (análise de estratégia e competitividade; estrutura organizacional e processo decisório; processo de concessão e

16. O fluxo é semelhante para a operação não automática, se distinguindo, apenas, no que se refere à etapa da Consulta Prévia, ou seja, em momento anterior à homologação, a instituição financeira credenciada encaminha para o BNDES roteiro específico para análise e aprovação do crédito (etapa 3).

acompanhamento de crédito; controles internos; gestão de riscos; qualidade dos ativos; etc.), o BNDES classifica o crédito a ser concedido, posto à disposição da instituição financeira, enviando, posteriormente, carta estabelecendo os limites de crédito, os produtos e as metas aplicáveis ao financiamento. Em vista do limite de crédito previamente estabelecido, o Agente Financeiro torna-o disponível para seus Clientes, potenciais Beneficiários das linhas de financiamento do BNDES;

Etapa 2: o Interessado se dirige à instituição financeira credenciada e apresenta seu projeto e demais documentos, no intuito de obter a concessão de uma das linhas de financiamento disponíveis pelo BNDES. Em razão da autonomia e responsabilidade que lhe são conferidas, e de acordo com a sua política de concessão de crédito, a instituição financeira realiza o enquadramento do Interessado nas condições estabelecidas pelo BNDES, procede à análise (ou até mesmo alteração) dos termos da proposta a ser firmada (prazos, valores, percentuais e garantias da operação) e, por fim, aprova o crédito solicitado;

Etapa 3: com a aprovação do crédito pela instituição financeira credenciada, a operação é encaminhada para a homologação do BNDES;

Etapa 4: o Interessado é chamado pela instituição financeira para assinar o contrato e formalizar os termos da operação, com o que é assinada a Cédula de Crédito Bancário. Efetuados os registros contratuais, a instituição credenciada envia ao BNDES o pedido de liberação da 1ª (ou única) parcela do crédito. Aprovado o pedido pelo BNDES, os recursos são liberados à instituição financeira, que os repassará ao Beneficiário em até 1 dia útil; e

Etapa 5: nos termos estipulados no contrato, o Beneficiário paga à instituição financeira credenciada as parcelas relativas ao financiamento. A instituição, por sua vez, consoante as diretrizes firmadas em Circulares e, independentemente do adimplemento das parcelas pelo Beneficiário, repassa ao BNDES os valores pactuados.

Ao atuar em conjunto com o BNDES nas operações indiretas de financiamento, a Instituição Financeira Credenciada realiza duas operações: uma diretamente com o BNDES, e outra junto ao Beneficiário do crédito. Para a perfectibilização do contrato principal, aufere valores, por si determinados, que refletem o risco de crédito assumido na atividade.

Por se tratar de uma operação complexa, cíclica e diferenciada, que envolve a realização de diversas etapas, com sujeitos distintos, cujas relações instauradas ensejam obrigações jurídicas autônomas, antes de investigar os valores auferidos na atividade (origem e composição), para que possamos submetê-los à adequada tributação, cumpre-nos, primeiramente, compreender a natureza da atividade sob análise.

Pela sua própria estrutura, a operação indireta de financiamento das linhas de crédito do BNDES está longe de ser uma operação simples. É diferenciada, complexa, exige o atendimento a diversas peculiaridades, notadamente por envolver recursos públicos. Compreende a realização de várias etapas que contam com a participação, não apenas do tomador do crédito e daquele detentor dos recursos, como ocorre nos casos das operações diretas de financiamento. As operações sob análise têm a participação precípua de um terceiro, chamado Instituição Financeira Credenciada, cuja atuação, como veremos, não está limitada a intermediar, garantir, ou repassar recursos ao BNDES.

O fim que se busca é um só: a concessão de uma das linhas de financiamento do BNDES. Para que este fim seja alcançado é necessário, no entanto, que outras relações jurídicas sejam travadas, que dois diferentes negócios jurídicos sejam firmados, por partes distintas, autônomas e independentes.

Diante deste contexto, tomamos como premissa básica que, para concessão da linha de financiamento do BNDES, duas operações são necessariamente realizadas, entre partes distintas e com relações distintas. Expliquemo-nos.

IBET - INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS

Em razão da singularidade, características peculiares e etapas diferenciadas da concessão de linha de financiamento, podemos dizer que seria uma operação *sui generis*, uma hipótese de financiamento cíclica, que envolve duas relações independentes e com vida própria. Trata-se de um contrato principal (concessão da linha de financiamento) que invoca a realização de duas operações de crédito (financiamentos) para sua consecução.



Embora girem em torno de uma única linha de crédito – contato principal –, estamos diante de duas operações de financiamento, uma delas realizada entre o Interessado e a Instituição Financeira Credenciada e a outra entre a Instituição Financeira Credenciada e o BNDES. Embora conte a participação de três polos distintos, não estamos diante de uma relação triangular, mas de duas relações independentes, formadas entre partes distintas. De ambas as relações firmadas, extrai-se obrigações, direitos e deveres entre as partes.

Analisando-se cada etapa do fluxo de crédito percebe-se com clareza a independência das operações. Embora o fim almejado seja um só, a concessão, ao Beneficiário, da linha de financiamento do BNDES, estamos diante de duas operações de crédito muito bem discriminadas.

Entre a Instituição Financeira Credenciada e BNDES, como vimos, é celebrado um Contrato de Abertura de Crédito, mediante o qual o limite de crédito disponível é aprovado.¹⁷

17. Para melhor evidenciar, trazemos a transcrição da cláusula primeira do “Contrato nº 91.2.149.6.1.013”, firmado entre o BNDES e as instituições financeiras credenciadas para concessão de financiamento mediante abertura de crédito: “PRIMEIRA

O BNDES irá liberar os recursos objeto do financiamento diretamente para conta da instituição financeira, que será responsável por adimpli-los, nos prazos avençados no contrato e consoante as diretrizes firmadas em Circulares, inobstante o pagamento das parcelas pelo efetivo Beneficiário dos valores. Ou seja, a devolução do financiamento concedido pelo BNDES é realizada pelo Agente Financeiro, de forma independente da relação firmada entre a instituição financeira e o Beneficiário. Caso o último não pague as parcelas do financiamento ao Agente Financeiro, os efeitos da inadimplência perante o BNDES serão pela instituição financeira suportados, como evidencia a cláusula *del credere* da operação.

Nos termos do artigo 52 do Anexo à Resolução 665/87 do BNDES (Disposições Aplicáveis aos Contratos do BNDES)¹⁸, a instituição financeira obriga-se a garantir ao BNDES a solvência da operação, assumindo, assim, o risco do crédito, independentemente da relação por si travada com o Beneficiário.

A referida cláusula vem a ratificar a responsabilidade do Agente Financeiro perante negócio jurídico firmado com o BNDES, notadamente pelo seu adimplemento, em razão do risco da atividade por si assumido. Por se tratar de um contrato de financiamento autônomo, que busca denotar sua independência da relação subsequente (Instituição Financeira Credenciada e Beneficiário), o Agente Financeiro assume total responsabilidade pelo risco de crédito junto BNDES.

A concessão de empréstimos e financiamentos é atividade básica da maioria dos bancos e, para que sua atividade

- VALOR DO CRÉDITO: Pelo presente instrumento, o BNDES abre aos Agentes Financeiros um crédito cujo valor será determinado pelo somatório resultante do conjunto de operações que vierem a ser atendidas com seus recursos, respeitados o limite orçamentário do BNDES e o limite de risco estabelecido para cada Agente Financeiro”.

18. Artigo 52 do Anexo à Resolução 665/87 do BNDES:

Art. 52 – No contrato de repasse, o agente financeiro do BNDES obriga-se, ainda, a: I – garantir ao BNDES, como *del credere*, a solvência das Beneficiárias finais com quem contratar; [...]

primordial seja efetivamente desenvolvida, as instituições financeiras precisam fazer uma avaliação da capacidade de crédito dos seus tomadores. Ocorre que tais avaliações nem sempre são acuradas ou espelham com precisão a realidade econômica de seus Clientes ou, ainda, em razão de diversos fatores externos, a capacidade de crédito de um tomador pode vir a ser reduzida a longo do tempo. É diante desse cenário que Ricardo Ferreira¹⁹ informa surgir o “*risco de crédito*”, um risco importante que os bancos enfrentam, que representam a falha de uma contraparte no desempenho de compromissos contratuais.

Em estudo sobre a mensuração do risco sistêmico no setor bancário com variáveis contábeis e econômicas, o Banco Central do Brasil definiu risco de crédito como sendo a probabilidade de o tomador dos recursos não pagar ou honrar as obrigações assumidas, tanto no que tange ao principal quanto ao serviço da dívida. Segundo Bessis *apud* Capelletto, Martins e Corrar:

“Risco de crédito é definido pela perda no evento de não pagamento do devedor, ou no evento de deterioração da qualidade do crédito do devedor”. A definição acrescenta a ocorrência de elevação do risco não somente pelo inadimplemento, mas também pela redução da capacidade de pagamento do devedor. Para mensurar adequadamente o risco de crédito, duas dimensões devem ser observadas. Uma de ordem quantitativa, relativa ao montante de crédito concedido, e outra qualitativa, que abrange aspectos como a situação econômico-financeira do tomador do crédito, o histórico de inadimplemento, a aplicação dada aos recursos, a moeda, o indexador e o prazo da operação, a atividade econômica predominante e as garantias.²⁰

A existência da cláusula *del credere* nos contratos firmados entre os Agentes Financeiros e o BNDES, além de traduzir a característica creditícia da operação, vem a respaldar a independência das relações, ou seja, a autonomia das operações financeiras realizadas entre as três partes. Concluiu-se,

19. FERREIRA, Ricardo J. *Contabilidade de instituição financeira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2013, p. 278.

20. Fonte: <http://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/wps169.pdf>

portanto, que perante o BNDES a instituição financeira assume a condição de cliente/devedor que dele diretamente toma recursos para financiamento.

Ao classificar os contratos bancários em operações típicas “passivas” e “ativas”, Orlando Gomes com maestria sustentou:

São operações típicas as que realizam para o cumprimento da função creditícia dos bancos. Dividem-se em operações passivas e ativas. Nas primeiras, o banco assume a posição de devedor; nas segundas, de credor. Se recolhe capital, tornando-se devedor dos clientes, realiza operação passiva; se aplica suas disponibilidades, concedendo crédito, prática operação ativa.

As principais operações passivas são o depósito e o redesconto; as ativas, a abertura de crédito, o desconto, a conta corrente, o financiamento e o mútuo pignoratício.²¹

Nos valendo das conclusões do mestre Orlando Gomes, observamos que a operação sob análise pode ser classificada como típica (porque principal e não acessória) operação passiva de crédito.

Por sua vez, no que tange à relação travada entre a Instituição Financeira Credenciada e o Beneficiário, identificamos, com clareza, uma nova operação de crédito, com vida própria e independente da operação de crédito anterior.

O Interessado procura a instituição financeira com a finalidade de obter um financiamento. Esta, por sua vez, analisa a proposta, aprova o crédito, assina e registra o contrato, disponibiliza os recursos ao Beneficiário, recebe os pagamentos e parcelas correspondentes ou, até mesmo, arca com o custo da inadimplência. Em razão da autonomia que lhe é concedida, trata-se de relação pactuada exclusivamente entre a instituição financeira e o Interessado. Não tem o BNDES, por exemplo, qualquer ingerência com relação às medidas judiciais a serem adotadas pela instituição financeira contra o

21. GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.324.

Beneficiário nas hipóteses de descumprimento de contrato, principalmente por inadimplência.

Na presente relação verifica-se, igualmente, a existência do risco de crédito, integralmente assumido pela Instituição Financeira Credenciada, nos casos de inadimplemento do financiamento pelo Beneficiário.

A assunção do risco pela Instituição fica evidente quando os Beneficiários do financiamento não arcam com o pagamento das prestações contratadas, cabendo ao Agente Financeiro, utilizando-se de recursos próprios, honrar a operação de crédito firmada junto ao BNDES (primeira relação travada).²²

Não raros são os casos em que a Instituição Financeira Credenciada, efetivamente, arca com o risco do crédito advindo da operação. As hipóteses de inadimplência do Beneficiário, com o que a Instituição acaba por adimplir as parcelas com recursos próprios, como dissemos, demonstra o exposto. A título de exemplo de assunção do crédito, podemos mencionar as medidas judiciais propostas pelo Agente Financeiro em face do Beneficiário, com a finalidade de reaver o direito ao pagamento de tais quantias, bem como as chamadas “contas de prejuízo” (PDD), registros contábeis em que as Instituições alocam os valores/despesas suportadas a título de prejuízo, nos casos de inadimplemento do contrato de financiamento pelo Beneficiário²³.

22. A título de exemplo da assunção do risco de crédito em casos de inadimplência, trazemos o Contrato nº 91.2.149.6.1.013, firmado entre o BNDES e os Agentes Financeiros. Chamamos atenção para o disposto no inciso IV, da Cláusula 4ª:

OBRIGAÇÕES ESPECIAIS

Além das demais estipulações desse Contrato, os Agentes Financeiros obrigam-se especialmente a: [...]

IV – Autorizar o BNDES, de forma irrevogável e irretroatável, a debitar todas as importâncias que lhe forem devidas, a qualquer título, comprometendo-se ainda a prover os necessários suprimentos até a data de vencimento de cada obrigação, ou, no máximo, até o dia 15 (quinze) do mês, ou se for o caso, até o dia útil imediatamente anterior, sem que a tolerância do BNDES, ora consignada, caracterize alteração das datas de vencimento.

23. A Carta Circular 2899 do Banco Central, em seu item 12, VII, informa que os créditos baixados como prejuízo devem ser registrados em contas próprias do sistema de compensação, em subtítulos adequados à identificação do período em que

Concluimos, assim, se tratar de típica modalidade de financiamento, cuja diferença primordial é que os recursos são públicos, provenientes do BNDES e não propriamente da instituição financeira privada. No mais, com a clareza que a operação se mostra, não vislumbramos qualquer possibilidade de desnaturar a sua origem creditícia.

Mais uma vez nos valendo das conclusões de Orlando Gomes, afirmamos se tratar de típica operação ativa, uma vez que, nessa hipótese, funciona a instituição financeira como credora, fornecendo crédito ao Beneficiário (devedor).

Em síntese, estamos diante de duas operações creditícias, autônomas, com vida própria e com certa margem de liberdade²⁴, atreladas a um contrato principal de linha de financiamento.

É salutar que algumas etapas preparatórias sejam realizadas para consecução das aludidas operações de crédito, tanto para que ocorra a concessão e disponibilização do crédito pelo BNDES à Instituição Financeira Credenciada, quanto a fim de viabilizar a concessão do crédito pela instituição financeira para o Beneficiário. No entanto, como dissemos, essas etapas são preparatórias para um fim (concessão do crédito), sem vida própria e que não subsistem sozinhas.

Tais etapas acessórias não podem ser vistas de maneira independente, como se a operação se bastasse em alguma delas. Nenhuma é suficiente para se alcançar o objetivo final almejado, daí porque, para os fins e feitos da tributação, jamais poderíamos considerá-las isoladamente.

ocorreu o registro, devendo ser mantido controle analítico desses créditos, com identificação das características da operação, devedor, valores recuperados, garantias e respectivas providências administrativas e judiciais, visando a sua recuperação. Essa forma de contabilização se presta a demonstrar as hipóteses de inadimplência das operações de crédito, em que a instituição deverá fazer o registro competente dos valores, mesmo que não efetivamente auferidos.

24. Falamos em “certa” margem de liberdade porque a atuação da Instituição Financeira Credenciada junto ao Beneficiário, por exemplo, está adstrita às normas e aos regramentos pactuados com o BNDES, havendo limites às negociações.

Com base em tais considerações, nos parece ser equivocada o entendimento pretendido pelos Fiscos Municipais no sentido de que a atuação da Instituição Financeira Credenciada se resumiria ao *repasse*, à mera *intermediação*, uma simples *concessão de garantia* ou, ainda, qualquer das atividades previstas no item 15.08 da lista anexa da Lei Complementar 116/03.

Embora o Banco Central, por meio da Circular 1.273/87²⁵, defina contabilmente a atividade como uma “operação de repasse”, entendemos que uma operação complexa de financiamento jamais poderia ser resumida a uma de suas meras etapas. A análise isolada do fluxo que envolve cada fase da operação demonstra que a atuação do Agente Financeiro não está limitada ao “repasse” de valores ao BNDES, mas, sim, à própria concessão do crédito almejado. Dizer que seria uma mera operação de “intermediação” de recursos financeiros, “análise de contrato” ou, ainda, a “emissão” ou “alteração” deste, é ignorar o objeto principal, o caráter financeiro da operação, a assunção do risco do crédito e a própria concessão do crédito.

No caso de considerá-la, ainda, como “concessão de garantia”, é de se salientar que as operações em nada se assemelham. Na concessão de garantia observamos uma relação triangular formada pelo credor, devedor e garantidor. Diversamente, na operação indireta de financiamento em questão, estamos diante de duas relações jurídicas distintas, uma travada entre BNDES e instituição financeira credenciada (credor, devedor) e outra entre instituição financeira e o Beneficiário (credor, devedor). Não há, em qualquer delas, a concessão de garantia por parte da instituição financeira. O que existe (e que nada se confunde com a concessão de garantia para fins de tributação), é a apresentação pelo Beneficiário de uma das modalidades sugeridas, a fim de garantir o contrato

25. “Nas operações de repasse de qualquer natureza, a instituição adquire a condição de credora de operação ativa junto ao respectivo mutuário e de devedora de operação passiva junto à instituição fornecedora dos recursos, razão pela qual deve contabilizar, distintamente, as receitas das operações ativas e as despesas de operações passivas”. (Circular 1.273/87)

de crédito firmado.²⁶ Entre a Instituição e o BNDES não há prestação de garantia, assim como não há entre a Instituição e o Interessado.

Tem-se, portanto, duas operações autônomas atreladas a um contrato principal de linha de financiamento que, na sua essência, se mostram como operações bancárias típicas de financiamento que, nas palavras de Orlando Gomes, “se realizam para o cumprimento da função creditícia dos bancos”.²⁷

6. COMPOSIÇÃO DO FINANCIAMENTO

Estabelecidas as etapas e natureza da operação, cumpre-nos investigar a composição do financiamento, ou seja, o custo total do valor financiado, bem assim a respectiva incidência tributária.

Como condição para a aquisição das linhas de crédito do BNDES, o Interessado arcará com o pagamento do custo total do financiamento, também conhecido como *taxa de juros*.

Dentre os diversos instrumentos normativos que visam regular as relações firmadas entre o BNDES e as Instituições Financeiras credenciadas nas operações em questão, encontramos a Circular BNDES nº 33, de 01 de setembro de 2011 que, em seu item 9.1, define a *taxa de juros* e aquilo que a compõe.

9.1 Taxa de Juros: É o somatório de Custo Financeiro, Remuneração Básica do BNDES, Taxa de Intermediação Financeira e Remuneração da Instituição Financeira Credenciada.

Ao realizar uma operação de crédito, a exemplo de um empréstimo ou financiamento, os bancos cobram de seus clientes determinado valor que visa cobrir os custos de captação dos fundos, pagar suas despesas operacionais e ainda remunerar seus acionistas. Tais valores são contabilmente denominados de “taxa de juros”.

26. Vide Artigo 19 e seguintes das Disposições Aplicáveis aos Contratos do BNDES.

27. GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.324.

Para melhor compreensão da *taxa de juros*, devemos isolar suas rubricas, a fim de proceder à análise de seus elementos. Por (i) Custo Financeiro, tem-se o índice correspondente aos juros incidentes sobre o valor financiado; (ii) a Remuneração do BNDES, por sua vez, é a remuneração pela atividade operacional do BNDES, definida em função das Linhas de Financiamento; quanto à (iii) Taxa de Intermediação Financeira, tem-se o percentual fixo estabelecido pelo BNDES e que reflete o risco sistêmico²⁸ das instituições financeiras credenciadas, ou seja, o grau de incerteza existente no sistema resultante de variações no nível de risco de crédito, acrescido da taxa de juros e do câmbio; por fim, a (iv) Remuneração da Instituição Financeira Credenciada, também chamada de *spread do agente*, é a remuneração pela atividade operacional do Agente Financeiro, negociada diretamente com o Beneficiário, que reflete o risco do crédito assumido na operação.

Do valor global da operação, os Agentes Financeiros fazem jus, tão somente, à *Remuneração da Instituição Financeira Credenciada*. Os demais valores cobrados do Interessados para aquisição do financiamento, ou seja, o Custo Financeiro, a Remuneração do BNDES e a Taxa de Intermediação Financeira, embora transitem pelas contas dos Agentes Financeiros, são integralmente repassados ao BNDES, não sendo incorporados ao patrimônio dos Agentes Financeiros.

Nesse contexto, vejamos a incidência tributária que gira em torno dos valores que ficam a cargo do Agente Financeiro, levando-se em consideração as premissas fixadas no que diz respeito à natureza da operação.

7. A REMUNERAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CREDENCIADA

Já nos manifestação sobre a impossibilidade de incidência concomitante de dois tributos sobre o mesmo fato jurídico

28. <http://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/wps169.pdf>

ou, ainda, sobre a situação que desencadeia a incidência na norma tributária. No nosso entender, não estamos diante de dois eventos distintos que implicam a incidência de tributos distintos. O fato jurídico tributável é um só; ou se tem prestação de serviço, passível de incidência do ISS, ou se tem operação de crédito, passível de incidência do IOF. Justamente por não admitir o chamado *bis in idem*, julgamos necessário investigar, à luz da premissa fixada a respeito da natureza das atividades realizadas pela Instituição Financeira Credenciada, a origem dos valores por si auferidos.

Se, por um lado, os referidos ingressos se assemelham a receita proveniente de nítidas operações creditícias realizadas pelas instituições financeiras, no âmbito de competência da União Federal, nos termos do artigo 153, inciso V da Constituição, por outro, a Lei Complementar 116/2003, com espeque no artigo 156, inciso III da Lei Maior, no item 15.08 da lista anexa, houve por bem considerar como serviço tributável por meio do ISS, as atividades de *emissão, remissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito; emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres; serviços relativos à abertura de crédito, para quaisquer fins*. Analisemos, então, essa dualidade.

A operação indireta de financiamento das linhas de crédito do BNDES, pela sua própria estrutura, é tida por uma operação *sui generis*, que envolve um contrato principal de concessão da linha de financiamento que, para sua consecução, invoca a realização de duas operações de crédito (financiamentos) e diversas etapas acessórias a essas duas operações.

Ao analisar o contexto da atividade, fixamos a premissa de que justamente por não ter vida própria, em razão do intrínseco caráter de acessoriedade, as etapas preparatórias não determinam a natureza das operações sob análise. Por não serem “atividade fim” das Instituições Financeiras, sobre essas etapas acessórias não haverá a incidência tributária, seja do IOF, seja do ISS.

Embora tais atividades acessórias sejam desenvolvidas pelos Agentes Financeiros quando da sua participação em ambas as operações de crédito, elas não subsistem sozinhas, não têm vida própria, até porque não são o fim almejado pelo Beneficiário. O Cliente não busca a instituição financeira para que esta realize uma “análise de contrato” ou proceda ao “registro” deste ou, ainda, “altere” os termos da proposta de financiamento. Ele busca a Instituição para que esta, na qualidade de Agente Financeiro Credenciado para atuar em nome do BNDES, realize a operação de crédito que consiste na concessão de uma das linhas de financiamento do BNDES. Indubitavelmente, o fim almejado é a concessão do crédito e, não, as etapas intermediárias necessárias para consecução de tal fim.

Estamos diante de dois (ou mais) fatos absolutamente distintos: fato constitutivo da operação creditícia e ações que viabilizam a aludida operação de crédito. Nas palavras do mestre e estudioso do tema, Aires F. Barreto, “*o primeiro, constitutivo do fim ou do objeto contratado; o segundo, representativo de um ato, fato, ou até mesmo obra que objetiva alcançar aquele fim que fora contratado*”.²⁹

Comumente, simples tarefas-meio acabam sendo equiparadas com a efetiva operação de crédito ou, até mesmo, com prestação de serviço. Mas, justamente por não terem vida própria, por não subsistirem sozinhas, via de regra, sobre essas não é cobrado um preço, um valor.³⁰

Com base nas premissas fixadas no decorrer do presente estudo, afirmamos que sobre as atividades acessórias jamais poderia incidir o IOF ou, no caso sob análise, o ISS.

Voltando às atenções para ambas as operações realizadas pela Instituição Financeira Credenciada, e não para suas

29. BARRETO, Aires. F. *ISS, IOF e instituições financeiras*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 33.

30. Aire F. Barreto adverte que mesmo quando é destacado um suposto preço, por ter a natureza de efetiva “atividade-meio”, não poderia ser submetida à tributação, pois jamais se transformaria em “ações-fim”. (BARRETO, Aires. F. *ISS, IOF e instituições financeiras*. São Paulo: Noeses, 2016, p.36)

fases acessórias, identificamos a concessão do financiamento, como nítida operação creditícia sujeita, tão somente, à incidência do IOF.

Ainda que se desmembre os valores auferidos na tentativa de identificar em minúcia a natureza de cada rubrica, verificamos não ser possível a submissão ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, posto que não se trata de receita por serviço prestado. Se o negócio jurídico travado, em razão da sua natureza creditícia (contrato de financiamento), em nada se confunde com prestação de serviço, logo não pode ser assim qualificada a remuneração correspondente ao financiamento. Não sendo receita de serviço, jamais poderá compor a base de cálculo do ISS.³¹

O contrato de concessão de linha de financiamento emana um custo total do valor financiado, chamado *taxa de juros*. É composto por diversas rubricas, todas repassadas ao BNDES, à exceção da “Remuneração da Instituição Financeira Credenciada”, valor que nos interessa para fins de investigação. Trata-se, de quantia estipulada pela instituição financeira junto ao Beneficiário, que reflete o risco de crédito assumido, em razão das operações creditícias por si realizadas para consecução do contrato principal de concessão de linha de financiamento. Representa uma parcela da taxa de juros e corresponde ao risco de crédito assumido pelo Agente Financeiro na operação contratada. Nada mais é do que a diferença entre o custo da captação (índice correspondente aos juros incidentes sobre o valor financiado) e o valor cobrado pela instituição financeira no repasse (spread do agente financeiro).

Em outras palavras, os valores em questão não têm a função de remunerar prestação de serviço, base de cálculo do ISS, mas se caracterizam como verdadeira receita financeira de juros, que a Instituição Financeira Credenciada faz jus, em razão da assunção do risco do crédito.

31. BARRETO, Aires. *F. ISS, IOF e instituições financeiras*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 97.

Com base nas lições do Ministro Francisco Falcão, consignadas nos autos do Recurso Especial nº 324.361-BA, asseveramos que a atividade desenvolvida pela instituição financeira credenciada se consubstancia em nítida operação de crédito, sujeita, unicamente, à incidência do Imposto sobre Operações de Crédito.

Ao discorrer sobre o momento em que se reputa ocorrido o fato gerador do IOF nas operações que envolvem contratos de financiamento mediante abertura de crédito entre empresa e o BNDES, em assertivas considerações, consignou o Ministro que *ante a impossibilidade de alteração dos conceitos advindos do Direito Privado (art. 110 do CTN), o que importa, in casu, para fins de incidência da norma tributária, é o momento da celebração do contrato de financiamento com o BNDES, porquanto vinculador da vontade das partes, para fins de ocorrência do fato gerador do Imposto sobre Operações Financeiras – IOF.*³²

No mesmo sentido, foram as conclusões tomadas pela Ministra Maria Isabel Gallotti, em trecho destacado nos autos do Recurso Repetitivo nº 1255573/RS³³, em que considerou

32. EDcl no REsp 324.361/BA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 06/03/2006, p. 162.

33. “É indiscutível que o IOF é devido nas operações de crédito por conta dos contratos de financiamento com garantia de alienação fiduciária, conforme o disposto na Lei nº 5.143, de 20.12.1966, regulamentada pelo Decreto nº 2.219, de 02.05.1997, cuja incidência se dá nas ‘operações de crédito realizadas por instituições financeiras’. Observo que a expressão ‘operações de crédito’, nos termos do referido regulamento compreende o ‘empréstimo sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito e desconto de título’ (art. 3º, § 4º do Decreto nº 2.219/97). A legislação ainda determina às instituições financeiras a responsabilidade pela cobrança do tributo – IOF e o seu recolhimento ao Tesouro Nacional (art. 5º do Decreto nº 2.219/97). No que respeita a cobrança do IOF, esta deverá se realizar ‘na data da entrega ou colocação dos recursos à disposição do interessado’ (inciso VII do art. 10 do Decreto nº 2.219/97). De outra feita, o fato gerador do referido tributo – IOF, ‘é a entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado, em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este”, consoante os precisos termos do art. 11 do Decreto nº 2.219/97. No âmbito da norma tributária, o que importa para fins de incidência do tributo – IOF, é o momento da celebração do contrato de financiamento. Tal compreensão vem escorada no inciso I do art. 63 do CTN (Lei nº 5.172/66), assim vertido: Art. 63 – O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a título e valores mobiliários tem como fato gerador: I – quanto às operações de crédito, a sua efetivação

indiscutível a incidência do IOF *nas operações de crédito por conta dos contratos de financiamento*, conforme o disposto na Lei nº 5.143/66, à época regulamentada pelo Decreto nº 2.219/97, bem assim que, *no âmbito da norma tributária, o que importa para fins de incidência do tributo – IOF, é o momento da celebração do contrato de financiamento*, nos termos do inciso I do artigo 63 do CTN (Lei nº 5.172/66).

A instituição financeira credenciada pratica, portanto, inequívoca operação de crédito, daí porque os valores auferidos na execução da referida atividade estão sujeitos, tão somente, ao imposto de competência da União, nos termos do artigo 153, V da Constituição Federal.

A natureza creditícia dos referidos valores, bem assim como a sua submissão ao regramento do IOF foi expressamente reconhecida pela União Federal, nos termos do Decreto nº 6.453, de 12 de maio de 2008³⁴, que deu nova redação ao artigo 8º, inciso XII do Decreto nº 6.306/2007, reduzindo a zero a alíquota incidente sobre operação de crédito, efetuada pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES ou por seus agentes financeiros, com recursos daquele banco ou de fundos por ele administrados, ou por intermédio da empresa pública Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP.

Embora se trate de tema relativamente recente, cuja discussão ainda incipiente não ensejou debates acurados, sobretudo nos Tribunais Administrativos e Judiciais, encontramos algumas decisões que tratam especificamente sobre a tributação da *Remuneração da Instituição Financeira Credenciada*, e denotam, desde já, o relevo e destaque dado à matéria.

pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado.' (grifei) Como visto, o IOF deve incidir no percentual determinado na legislação (art. 7º do Decreto nº 2.291/97) e sobre o montante total ou parcial do financiamento, quando da liberação do valor que constitua a obrigação contratual firmada entre as partes. [...]” (REsp 1255573/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 24/10/2013)

34. Revogado pelo Decreto nº 8.511, de 31 de agosto de 2015.

No âmbito do Conselho Municipal de Tributos de São Paulo, a manifestação pela natureza creditícia da operação e consequente impossibilidade de submissão ao ISS se deu em voto vencido apresentado no Recurso Ordinário 2014-0.261.072-2.³⁵ Não logramos êxito em identificar outras decisões definitivas e favoráveis ao nosso entendimento neste Conselho.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, já teve a oportunidade se manifestar sobre o tema, concluindo pela não incidência de ISS, uma vez que o fato não se enquadraria em nenhum dos itens da lista de serviços tributáveis pelo ISS, pois se trata de nítida operação de crédito.³⁶

35. No mesmo sentido, tendo em vista o exposto em sustentação oral pelo procurador do Recorrente, concluo que na mencionada operação não incidência do ISS sobre a remuneração da instituição financeira credenciada – considerando, inclusive, que sobre esta verba há a incidência do IOF (trecho do voto vencido do Conselheiro Marcio Cesar Costa, no que foi acompanhado pelos Conselheiros Marcos Minichillo de Araújo e Simone Costa Chagas, nos autos do Recurso Ordinário de origem 2014-0.261.072-2).

36. “Por sua vez, na conta 50.79.10-1(Taxas Finame/BNDES) a autora atua como “agente financeiro da FINAME”, assumindo os riscos das operações que contratar com os particulares, os quais buscam crédito com a finalidade, entre outras, de financiar compra de máquinas e equipamentos industriais. Não há, portanto, no caso em tela, serviço passível de incidência de ISS, ainda que interpretados sob a ótica da referida Súmula n° 424, do Superior Tribunal de Justiça.” (trecho do voto do Relator Cláudio Marques no Recurso de Apelação 0006618-81.2009.8.26.0248; Comarca: Indaiatuba; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 17/03/2016; Data de registro: 07/04/2016)

“Na verdade, a atividade da autora/recorrente relaciona-se com a liberação de créditos provenientes do FINAME Fundo de Financiamento para Aquisição de Máquinas e Equipamentos Industriais. Analisando-se os autos, sobretudo no que se refere à realização da perícia técnica (fls. 487/ss), resta claro que as atividades tributadas pela Municipalidade são atividades financeiras. De fato, a autora atua como “agente financeiro da FINAME”, assumindo os riscos das operações que contratar com os particulares, os quais buscam crédito com a finalidade, entre outras, de financiar compra de máquinas e equipamentos industriais. Em verdade, trata-se de operação de repasse, não sendo considerado “serviço” para fins de incidência de ISS, mas fato gerador de IOF, tal como esclarece o perito às fls. 488. (...) (trecho do voto do Relator Rodrigues de Aguiar na Apelação n° 0196420-32.2010.8.26.0000; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 09/10/2014; Data de registro: 14/10/2014)

8. CONCLUSÃO

Em se tratando de operação financeira e sendo privativa a competência da União para tributar as operações de crédito, somente este ente poderá alcançá-las. Assim, não é dado ao Município a possibilidade de incluir na base de cálculo do imposto que lhe compete (ISS), valores relativos a negócios jurídicos compreendidos na competência tributária de ente político diverso, em razão da rigidez da discriminação de competências.

Nas palavras do saudoso jurista e grande estudioso do tema, Aires F. Barreto, *“se, na constituição do crédito tributário pelo lançamento, a administração municipal, a pretexto e exigir ISS, incluir na base de cálculo desse imposto o valor das operações de crédito, praticará ilegalidade e, concomitantemente, “inconstitucionalidade, por invasão de competência alheia”*.³⁷

Uma vez estabelecida a natureza creditícia da operação, os valores dessa decorrentes ficam submetidos à incidência do Imposto sobre Operações de Crédito (IOF). Fixada a incidência do imposto de competência da União, resta excluída, portanto, a incidência do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISS), sob pena de invasão de competência.

Cumpre-nos registrar que, a despeito das previsões normativas trazidas pela Lei Complementar 116/2003, não é dado ao legislador ordinário submeter à incidência do ISS aquilo que serviço não o é, sob pena de incorrer em flagrante inconstitucionalidade, nos termos do artigo 156, III da CF/88 e, ainda, em invasão de competência, nos termos do artigo 153, V da Carta Constitucional.

Não obstante, ao arrepio da norma constitucional, a Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar 116/2003, notadamente em seu item 15.08, almejou tratar como se serviço fosse, nítidas atividades acessórias às operações creditícias, ao

37. BARRETO, Aires. F. *ISS, IOF e instituições financeiras*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 98.

exemplo da parte inicial do referido item que trata das atividades de “emissão, remissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito”.

Estamos diante de meras atividades acessórias (no caso às operações de crédito), cuja eventual incidência tributária esgota-se no campo do IOF, porque segue a incidência da operação principal. Portanto, admitir a incidência do ISS sobre a operação em tela ou, ainda, sobre qualquer de suas etapas implica permitir-se a incidência de dois tributos sobre o mesmo fato gerador, o que é incompatível com o sistema jurídico em vigor.

Ao analisar a natureza das operações realizadas pelas Instituições Financeiras junto ao BNDES, concluímos que a *Remuneração da Instituição Financeira Credenciada* representa nítida receita financeira auferida pelo Agente Financeiro em razão das duas operações creditícias por si realizadas para consecução do contrato principal de concessão de linha de financiamento.

Por não remunerar, sob qualquer hipótese, prestação de serviço (base de cálculo do ISS), e em razão da privativa repartição de competências, deverá ser submetida, exclusivamente, à tributação da União, nos termos do artigo 153, V do CF/88. Salvo melhor juízo, nos parece ser essa a melhor interpretação dada ao tema.

9. REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6ª ed., 3ª triagem. Malheiros Editores: São Paulo, 2002.

BARRETO, Aires. F. *Curso de direito tributário municipal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *ISS na Constituição e na lei*. Dialética. São Paulo, 2003.

_____. *ISS, IOF e instituições financeiras*. São Paulo: Noeses, 2016.

TEXTO E CONTEXTO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições: Regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

_____. *Elisão tributária: Limites normativos*. São Paulo: USP, 2008.

BARRETO, Simone Costa. *Conceito constitucional de serviços de qualquer natureza*. XIV – Congresso de Estudos Tributários: Racionalização do Sistema Tributário. São Paulo, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. Saraiva: São Paulo, 2010.

_____. *Derivação e positivação no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011. 1 v.

_____. *Direito tributário, linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2012.

CARRAZA, Roque Antonio. *Grupo de empresas – autocontrato – não-incidência de ISS – questões conexas*, Revista dialética de direito tributário n° 94.

FERREIRA, Ricardo J. *Contabilidade de instituição financeira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2013, p. 278.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.324.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1983.

VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito de direito. In: VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi. IBET, 2003.