

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

VIVIANE DE MORAES

ISS SOBRE OPERAÇÕES DE CARTÃO DE CRÉDITO

São Paulo

2009

VIVIANE DE MORAES

ISS SOBRE OPERAÇÕES DE CARTÃO DE CRÉDITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Pós Graduação *Latu Sensu* para obtenção do título de Especialista em Direito, na área de concentração de Direito Tributário, sob orientação da Professora Íris Vânia Santos Rosa.

São Paulo

2009

RESUMO

Destina-se o presente estudo ao desenvolvimento do tema relativo à tributação das operações de cartão de crédito pelo ISS e suas peculiaridades, como a problemática na definição do momento da ocorrência do fato gerador e local da prestação de serviços. Para realização do trabalho foi utilizada primordialmente a análise da regra-matriz de incidência tributária, pois esta possibilita a análise do tributo através de uma fórmula simplificadora que permite verificar a essência normativa de forma minuciosa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA	5
2. REGRA-MATRIZ DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA. 7	
2.1. HIPÓTESE	7
2.1.1. Critério material	7
2.1.2. Critério espacial	10
2.1.3. Critério temporal	15
2.2. CONSEQUÊNCIA.....	17
2.2.1. Critério pessoal	17
2.2.1.1. <i>Sujeito ativo</i>	17
2.2.1.2. <i>Sujeito passivo</i>	18
2.2.2. Critério quantitativo	19
2.2.2.1. <i>Base de cálculo</i>	19
2.2.2.2. <i>Alíquota</i>	21
3. A PROBLEMÁTICA DO ISS SOBRE OPERAÇÕES DE CARTÃO DE CRÉDITO ...	24
3.1. FATO IMPONÍVEL.....	24
3.2. ESTABELECIMENTO PRESTADOR.....	25
3.3. TERCEIRIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E O MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.....	28
3.4. LOCAL DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO	32
CONCLUSÃO.....	34
REFERÊNCIAS	35

INTRODUÇÃO

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer natureza – ISS, contido no artigo 156, III, da Constituição Federal, é um tributo extremamente complexo, gerador de grandes controvérsias perante a doutrina e jurisprudência.

O objeto da tributação do ISS é a prestação de serviços, que se constitui numa obrigação de fazer, onde há um negócio jurídico em caráter oneroso e sem vínculo empregatício, em que determinada pessoa contrata outra para que lhe preste determinado serviço.

Busca-se com o presente trabalho o desenvolvimento do tema relativo à tributação das operações de cartão de crédito pelo ISS, relacionado no item 15.01 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03 (administração de fundos quaisquer, de consórcio, de cartão de crédito ou débito e congêneres, de carteira de clientes, de cheques pré-datados e congêneres).

Pretende-se através da dissecação da regra-matriz realizar um trabalho semântico e propor discussão sobre as problemáticas do ISS sobre operações de cartão de crédito, como a identificação do fato gerador, o momento e local de sua ocorrência e, ainda que de forma breve, propor soluções, baseadas em posições doutrinárias e jurisprudenciais.

1. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) ou, simplesmente, Imposto Sobre Serviços (ISS) é de competência dos Municípios, conforme determina o inciso II do artigo 156 da Constituição Federal.

Dessa maneira, os Municípios são dotados de privatividade para criar o ISS, o que, por via oblíqua, implica a exclusividade e conseqüente proibição de seu exercício a quem não tenha sido consagrado esse direito. Trata-se de matéria de ordem pública, eivando-se de nulidade a instituição desse imposto por Município localizado em âmbito territorial distinto daquele em que ocorra a efetiva prestação de serviços.

O tema das competências legislativas, entre elas o da competência tributária, é eminentemente constitucional, portanto, à Constituição Federal compete a atribuição da competência tributária, e nesse contexto, encerra-se a possibilidade da competência, não cabendo a legislação infraconstitucional alterá-la.

Assim, a atribuição de competências tributárias não deve ser tratada por Lei Complementar, cabendo a elas as limitações do poder de tributar e que devem, a partir do comando constitucional, ser disciplinadas na legislação infraconstitucional e dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária.

Diante da complexidade desse imposto e com o objetivo de evitar conflitos de competência, o constituinte determinou à lei complementar a atribuição de delimitar os serviços tributáveis (art. 156, III):

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre (...)

III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”.

Por isso, em matéria de ISS as legislações municipais deverão ser analisadas em conjunto com o Decreto lei n.º 406/68 (com a redação dada pela Lei Complementar 56/87) e com a Lei Complementar n. 116/2003.

Diante dessa assertiva, convém citar a colocação de Aires F. Barreto sobre a expressão “definidos em lei complementar”:

A expressão definidos em lei complementar não autoriza conceituar como serviço o que serviço não é. Admitir que o possa equivale a supor que, a qualquer momento a lei complementar possa dizer que é serviço a operação mercantil, a industrialização, a operação financeira, a venda civil, a cessão de direitos. Em outras palavras, que a lei complementar possa, a seu talante, modificar a CF; que a limitação posta pela CF à competência municipal para só tributar atividades configuradoras de serviço, não tem a menor relevância; que pode ser desobedecida pela lei complementar. A lei complementar tem que se cingir a definir ou a listar atividades que, indubitavelmente, configurem serviço. Será inconstitucional toda e qualquer legislação que pretenda ampliar o conceito de serviço constitucionalmente posto, para atingir quaisquer outros fatos (iluminados pelos contratos respectivos). .. A lei complementar completa a Constituição; não a modifica.¹

Esta definição de serviços em listas contidas em lei complementar tem sido objeto de acirrada controvérsia, revelada no antagonismo: autonomia municipal para instituir o imposto (ISS) X outorga de competência ao legislador nacional para estipular os serviços tributáveis.²

Há aqueles que defendem que o interesse do Congresso Nacional jamais poderia se sobrepor a autonomia dos Municípios, afirmando que esta autonomia estaria totalmente prejudicada.

Contudo, o que temos é que referido dispositivo vem auxiliar na delimitação do critério material do ISS, indicando quais as atividades se inserem nos limites competenciais dessa pessoa política de acordo com as limitações das competências tributárias estabelecidas pela Constituição Federal.

¹ BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na Lei*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 108/109.

² MELO, Eduardo Soares. *ISS Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo, 2005, p. 53

2. REGRA-MATRIZ DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA

Segue abaixo a construção da regra-matriz de incidência do ISS, consoante ensinamento do Professor Paulo de Barros Carvalho (BARROS, 2008, p. 683).

NJT	HIPÓTESE (descriptor)	1. critério material:	prestar serviços de qualquer natureza, excetuando-se os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação;
		2. critério espacial:	Âmbito territorial do Município;
		3. critério temporal:	momento da prestação do serviço
	CONSEQUÊNCIA (prescritor)	1. critério pessoal	a) sujeito ativo: Fazenda Municipal b) sujeito passivo: prestador de serviço
		2. critério quantitativo	a) base de cálculo: preço do serviço b) alíquota: aquela prevista na legislação do imposto, sendo no mínimo de 2% e no máximo de 5%

2.1. HIPÓTESE

2.1.1. Critério material

O cerne da materialidade da hipótese de incidência do ISS “não se circunscreve a “serviço”, mas a uma “prestação de serviço” compreendendo um negócio (jurídico) pertinente a uma obrigação de “fazer”, de conformidade com os postulados e diretrizes do direito privado.”³

³ MELO, José Eduardo Soares de. *ISS – Aspectos Teóricos e Práticos*. Dialética, 3ª edição: São Paulo, 2003, p. 33.

O aspecto material da hipótese de incidência é a conduta humana (prestação de serviço) consistente em desenvolver um esforço visando a adimplir uma obrigação de fazer, e não o termo “serviço” isoladamente considerado.

Nesse sentido, o art. 1º da Lei Complementar nº 116, de 2003, estabelece que o fato gerador do ISS é a prestação de serviço previsto em lista específica e, acrescenta que a incidência ocorre, “ainda que os serviços não se constituam como atividade preponderante do prestador”.

Acerca do serviço tributável, Roque Antonio Carrazza afirmar que:

...o ISS... deve, por injunção constitucional, necessariamente incidir sobre a prestação onerosa de serviços, pouco importante se ela deriva de uma ou mais relações.... [...]... o princípio da capacidade contributiva leva a que só sejam consideradas, na composição da base de cálculo deste imposto, os serviços com conotação econômica. Reduzindo a idéia à sua dimensão mais simples, só enquanto presta serviços em caráter negocial, é que o contribuinte poderá ser validamente tributado; nunca quando presta serviços para si próprio. [...]... não podemos considerar preço do serviço e mero ressarcimento de despesas antecipadas ao seu tomador... nos grupos de empresas, não há incidência de ISS quando desempenham, em favor uma das outras, funções de apoio ou administrativas. Isto porque os valores reembolsados entre elas não tipificam ‘preço dos serviços’, mas meras ‘recuperações de despesas administrativas’. Os necessários lançamentos contábeis deverão, no caso, ser realizados por meio da emissão de notas de débitos. Para comprovar os reembolsos das despesas, as notas fiscais faturas poderão ser substituídas por simples recibos.⁴

De acordo com as lições do professor Paulo de Barros Carvalho⁵, seguida por toda a doutrina, o núcleo do ISS é representado pelo verbo “prestar”, acompanhado pelo complemento “serviços de qualquer natureza”, fazendo-se necessário consignar que a referida locução não engloba os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Para configuração da prestação de serviços se faz necessário uma atividade bilateral, onde se tem de um lado um prestador e de outro o tomador, remunerada pelo preço do serviço.

⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. Grupo de Empresas – autocontrato – Não-incidência de ISS – Questões Conexas. RDDT 94/130-132, jul/2003.

⁵ BARROS, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário*, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

Conforme ensinamentos do professor Roque Antonio Carrazza, prestar serviços seria:

Como cuida de demonstrar Elizabeth Nazar Carraza, só podem ser alcançados pelo ISS os serviços prestados – por particulares, empresas privadas, empresas públicas ou sociedades de economia mista – sob o regime de Direito Privado (mas não trabalhista).

Registramos, a propósito, que o regime de Direito Privado pressupõe a liberdade de contratar. Por isso, o serviço tributável por meio de ISS deve advir de um contrato de Direito Privado, livremente, entre o prestador e o fruidor.⁶

Segundo Aires F. Barreto se trata de “um fazer” em favor de terceiros:

É o esforço humano que se volta para outra pessoa; é fazer desenvolvido para outrem. O serviço é, assim, um tipo de trabalho que alguém terceiros. Conceitualmente, parece que são rigorosamente procedentes essas observações. O conceito de serviço supõe uma relação com outra pessoa, a quem se serve. Efetivamente, se é possível dizer-se que se fez um trabalho ‘para si mesmo’, não o é afirmar-se que se prestou serviço ‘a si próprio’. Em outras palavras, pode haver trabalho, sem que haja relação jurídica, mas só haverá serviço no bojo de uma relação jurídica. Num primeiro momento, pode-se conceituar serviço como todo o esforço humano desenvolvido em benefício de outra pessoa (em favor de outrem).⁷

Temos, ainda, que a atividade de prestar serviços deverá se apresentar como uma forma de obrigação de fazer, ou seja, uma das partes de obriga a praticar determinada atividade, recebendo, em troca, remuneração.

Segundo a Constituição Federal, o ISS não poderá incidir onde não haja prestação de serviço, sob pena de que eventual instituição e de exigência desse tributo sob atividades que se traduzam em obrigação de dar, seja considerado inconstitucional. Como já dito, o ISS só pode abranger obrigações de fazer, contidas em contrato em que uma pessoa (física ou jurídica) presta e outra recebe serviços.

Diante do exposto, conclui-se que só haverá ISS quando existir uma relação jurídica instaurada entre prestador e tomador de serviço.

A obrigação tributária de recolher o ISS só nasce com o fato concretizado, não basta sua potencialidade. O ISS só é exigível pela ocorrência do fato “prestar serviço”, portanto, não há que se falar em fato potencial, sob pena de haver contradição.

⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. *ISS na lei complementar e na Constituição*. (Org.) Heleno Taveira Torres. Inconstitucionalidade dos itens 21 e 21.1 da lista de serviços anexa à LC 116/2003, Barueri, São Paulo, Manole, 2004, p. 355.

⁷ BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na Lei*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 29

Assim como qualquer outro imposto, o ISS só pode tributar fato concretamente ocorrido no mundo fenomênico e jamais aquele que está por ocorrer.

Cabe citar as palavras de Aires F. Barreto, que afirmar que para a circunstância de que o ISS é um imposto sobre fatos e não sobre contratos. Nenhuma materialidade do ISS se produz diante de mera contratação de serviços. Esse imposto não incide sobre a contratação de serviços, mas sobre o fato prestar serviço.⁸

Para a ocorrência do fato imponible, é necessário que a prestação de serviço ocorra com habitualidade. Dessa forma, prestação esporádica, acidental, sem reiteração, não configura a realização da materialidade da hipótese de incidência do ISS.

Outra observação pertinente é a de que para a incidência do ISS não importa o lucro da operação, nem se o prestador irá ou não receber o preço avençado pela prestação, posto que o pagamento não compõe a regra-matriz de incidência, que se esgota na existência da efetiva prestação de serviço.

Como já afirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o fato tributável é a prestação de serviço, “não importando para a incidência o surgimento de circunstâncias factuais dificultando ou impedindo o pagamento devido ao prestador dos serviços”.⁹

Assim, independente do prestador receber, ou não o preço, haverá a incidência do ISS.

2.1.2. Critério espacial

A Constituição Federal ao autorizar os Municípios a instituírem impostos sobre a prestação de serviços, não trouxe nenhuma determinação em específico quanto ao limite territorial, portanto, tende-se a afirmar que o Município poderá instituir o imposto apenas para

⁸ BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na Lei*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 244.

⁹ REsp n.º 189.227/SP – rel. Min. Milton Luiz Pereira; julgado em 2 de maio de 2002, *dju* 24.6.02, P. 189.

os serviços prestados dentro de seu território, sob pena de invasão de competência de outro Município.

Acerca do local da prestação de serviço, assim se pronuncia Aires F. Barreto:

Impõe-se, pois, a urgente reposição do único critério que parece prestigiado pela Constituição, qual seja, o de que local da prestação é o do Município onde se conclui, onde se consuma o fato tributário, é dizer, onde se produzirem os resultados da prestação de serviço. Se o fato tributável só ocorre no momento da consumação do serviço, ou seja, no átimo da produção dos efeitos dos efeitos que lhe são próprios, parece ser necessário concluir que o Município competente seja o do lugar onde forem eles produzidos, executados, consumados. É fazer prevalecer só o que diz o art. 12, *b* (deveria ser a única regra, sem contemplar exceção): deve-se o ISS no lugar onde se efetuar a prestação.¹⁰

Com a edição da Lei Complementar 116/03 buscou-se dirimir conflitos de competência, estabelecendo um critério para definição da competência que poderá ser tanto o domicílio do prestador, o domicílio do tomador dos serviços, o domicílio do contrato, entre outros.¹¹

Em suma, a citada Lei, determina que via de regra deve ser considerado prestado o serviço no local em que estiver o estabelecimento do prestador.

Sendo certo que os fatos tributários naturalmente ocorrem em específicos lugares, cumpre ao legislador estabelecer o local em que, uma vez acontecida a materialidade tributária, se repute devida a obrigação. No âmbito do ISS, o Decreto-lei nº 406, de 1968, em seu artigo 12 (revogado expressamente pelo art. 10 da Lei Complementar nº 116/03), estabeleceu o seguinte:

Art. 12. Considera-se local da prestação do serviço:

- a) o do estabelecimento prestador ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador;
- b) no caso de construção civil o local onde se efetuar a prestação.

¹⁰ BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na Lei*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 263.

¹¹ HOFFMANN, Susy Gomes. O imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. In: SANTI, Eurico Marco Diniz (Coord). *Curso de Especialização em Direito Tributário*. São Paulo, Forense, 2007, p. 516.

Adverte Hugo de Brito Machado:

O Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que competente para a cobrança do ISS seria o Município em cujo território ocorre a prestação do serviço, sendo irrelevante o local em que se encontra o estabelecimento prestador. Com essa orientação jurisprudencial, a pretexto de interpretar o art. 12 do Decreto-lei nº 406/68, vinha declarando implicitamente sua inconstitucionalidade.

Prosseguindo, a Lei Complementar nº 116, de 2003, manteve a regra de competência do art. 12 do Decreto-lei nº 406, de 1968, embora tenha ampliado as exceções a essa regra, vejamos, *in verbis*:

Art. 3º O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local (...)

Destarte, o art. 3º da Lei Complementar nº 116/03 determina que o serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas em seus incisos, que indicam o local em que será devido o imposto.

Em análise ao disposto na Lei Complementar 116/03, no que tange ao critério espacial do ISS, afirma Susy Gomes Hoffmann:

Podemos resumir o disposto na Lei Complementar 116/2003, no que tange ao critério espacial do ISS, posto que consoante tal lei, em caráter geral, deve ser considerada ocorrida a prestação de serviços no Município em que estiver o estabelecimento do prestador; em caráter excepcional, deverá ser considerada ocorrida a prestação dos serviços no Município em que estiver estabelecido o tomador dos serviços ou em quem ocorrer efetivamente o serviço indicado. As exceções estão previstas no texto da lei.

Em tese a, a lei Complementar 116/03, na mesma forma que o DEc.-Lei n.º 406/68, tem por objeto veicular norma geral de direito tributário para dispor sobre eventual conflito de competência entre os Municípios e, somente dentro desse escopo, poderá definir em que local deve ser considerada ocorrida a prestação de serviços.

Desse modo, deve continuar a vigorar a regra geral decorrente do texto constitucional no sentido de que o Município competente para a cobrança do ISS é aquele em que efetivamente ocorreu a prestação de serviços. O rol do art. 3º da Lei Complementar 116/03 vem corroborar tal entendimento, quando exemplifica os casos em que poderia existir conflito entre Municípios, elegendo o Município que terá competência para a cobrança do ISS.¹²

¹² HOFFMANN, Susy Gomes. O imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. In: SANTI, Eurico Marco Diniz (Coord). *Curso de Especialização em Direito Tributário*. São Paulo, Forense, 2007, p. 520/521

Nesta baila de pensamento, cabe citar o julgado abaixo:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ISS. COMPETÊNCIA. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. PREDECENTES. I – Para fins de incidência do ISS – Imposto Sobre Serviços -, importa o local onde foi concretizado o fato gerador, como critério de fixação de competência do Município arrecadador e exigibilidade do crédito tributário, ainda que se eleve o teor do art. 12, alínea a, do Decreto-lei nº 406/68. II – Embargos rejeitados.¹³

Para melhor compreensão do tema, cabe esclarecer a definição de estabelecimento, posto que este deve estar alinhado ao comando constitucional, buscando-se harmonizar os comandos da lei, com o texto constitucional e com a jurisprudência dominante.

O art. 4º da LC 116/03, define como estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Por sua vez, estabelecimento é o complexo de meios idôneos, materiais ou imateriais pelos quais o prestador do serviço explora determinada atividade ou, na lição de Carvalho de Mendonça, “o organismo econômico aparelhado para o exercício desta”.¹⁴

Estabelecimento prestador deve ser entendido como o local onde se, concretamente, se der a prestação de serviços, ou seja, o local em que a atividade é efetivamente executada.

Como bem ensina José Eduardo Soares de Melo:

O conceito de “estabelecimento” – como elemento básico para determinar o da prestação/município titular do ISS- deve compreender todos os bens (máquinas, equipamentos, mobiliários, veículos, etc), e pessoas suficientes para possibilitar a prestação de serviços. A existência efetiva dos referidos elementos é que permite caracterizar um real estabelecimento prestador de serviços.... Embora o contribuinte tenha liberdade para instalar sua sede e o estabelecimento prestador de serviços nos locais que sejam de seu exclusivo interesse (princípio da autonomia da vontade que rege os negócios particulares), a atividade somente poderá ficar sujeita à alíquota menos gravosa, se efetivamente possuir modo concreto (e não apenas “caixa postal”) um estabelecimento no Município B. Um simples local que nada

¹³ STJ, 1ª Seção, EdivREsp 130.792/CE, rel. p/ o acórdão a Min. Nancy Andrighi, abr/2000, DJU de 12.06.2000

¹⁴ BASTOS, Freitas. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol, 6.ª ed. Rio de Janeiro, 1959, p.15.

possui(bens, pessoas, instalações) representará uma mera simulação, cujos efeitos tributários podem ser desconsiderado.¹⁵

A partir desses enunciados, entendemos que a lei estabelece três possibilidades sucessivas de enquadramento:

a) Numerus clausus

Inicialmente, deve ser feita análise dos serviços referidos pelos incisos I a XXII, do art. 3º, da Lei Complementar nº 116/03, dispositivos que fixam comandos que, pela excepcionalidade e especificidade, devem ser seguidos.

b) Local do estabelecimento prestador

Verificando que o serviço não se enquadra em nenhum dos incisos contidos no art. 3º, da Lei Complementar nº 116/03, deve ser adotado o critério erigido a partir dos arts. 3º (caput) e 4º. O imposto deve ser recolhido aos cofres fazendários do município do estabelecimento prestador, ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador.

Os critérios são cumulativos, pois se trata de uma conjunção, operação que, segundo a lógica, resultando num enunciado composto.

O critério, como se vê, é distinto daquele chancelado pelo STJ (satisfeito, apenas, pela identificação do local com a obrigação de fazer), pois exige um complemento físico: uma unidade econômica, expressão cuja amplitude semântica abrangerá quase todo e qualquer estabelecimento ligado à atividade desenvolvida pelo prestador de serviço.

c) Local do domicílio

Por fim, não satisfeito nenhum dos critérios acima relacionados, o imposto municipal poderá ser exigido pelo Município no qual o contribuinte possui seu domicílio tributário. A definição, nesse caso, segue as regras gerais fixadas no art. 127, do Código Tributário Nacional.

¹⁵ MELO, José Eduardo Soares de. *ISS – Aspectos Teóricos e Práticos*. Dialética, 3ª edição: São Paulo, 2003, p. 149/150.

Assim, pode-se concluir que para a definição do aspecto espacial, se deve perquirir onde a prestação se concluiu, ou seja, onde os serviços foram concluídos, ultimados, para se determinar onde o fato impositivo ocorreu, portanto, irrelevantes todos os atos anteriores. Somente poderá ser considerado como local da prestação (obrigação do ISS) aquele em que ocorrer o término dos serviços.

2.1.3. Critério temporal

O CTN em seu artigo 116 estabelece que se considera ocorrido o fato gerador e existentes seus efeitos, desde o momento em que:

- a) se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios, tratando-se de situação de fato e;
- b) na hipótese de tratar-se de situação jurídica, esta esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Como já visto, o critério material no caso do ISS, é prestar serviços, portanto, o critério temporal, de acordo com a hipótese da regra-matriz de incidência tributária, somente poderá ser o momento da prestação de serviços, momento este que será considerado ocorrido o fato jurídico tributário.

Nesta cerne, ensina Paulo de Barros Carvalho:

o critério temporal da hipótese tributária como o grupo de indicações contidas no suposto da regra, e que nos oferecem elementos para saber, com exatidão, em que preciso instante ocorre o fato descrito, passando a existir o liame jurídico que amarra o devedor e credor; em função de um objeto – o pagamento de certa prestação pecuniária.¹⁶

Nunca se deve confundir o momento da prestação de serviços com o momento do pagamento dessa prestação, deve-se obedecer o seu aspecto material nada interessando seus aspectos negociais ou documentais.

¹⁶ BARROS, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário*, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 148.

Nessa linha encontramos os seguintes julgados:

Tributário. Imposto sobre serviços. Contrato de construção celebrado com autarquia, que se transformou em empresa pública. Não é o momento da celebração do contrato que conta para a incidência, mas o da prestação dos serviços ao dono da obra. Embargos Infringentes – ISS – Plano de Saúde. Lei n.º 406/68, com redação da Lei Complementar n.º 56/87 e Lei Municipal n.º 10.423/87.¹⁷
 O contrato de plano de saúde não caracteriza, por si só, prestação de serviço. A tributação do ISS sobre a totalidade de receita bruta da Autora torna-se ilegal, por ausência de fato gerador e, também, ocorrência de cumulatividade. Embargos infringentes acolhidos.¹⁸

Portanto, não importa a celebração do contrato ou o pagamento, mas sim a efetiva prestação de serviço.

O elemento temporal representa o momento em que se realiza integralmente o fato. Indica o instante em que o fato se concluiu, como bem definido por Edvaldo Brito.¹⁹

Deve-se ter em conta, também, se a prestação de serviço ocorre em uma única vez, ou se é fracionável, ou se é feita num período prolongado.

O desdobramento entre fracionáveis e não fracionáveis é de crucial importância para se identificar o aspecto temporal, se este é completado quando da ultimação de cada fração, ou se não puder ser seccionado esse imposto se tornará exigível quando da integral conclusão do fato.

O fracionamento é admissível no caso de obrigações de execução continuada e das de trato sucessivo, em que há a ocorrência de vários fatos, decompostos em certos períodos de tempo.

Ensina Aires F. Barreto:

Observadas as características das obrigações de execução continuada e das classificáveis como de trato sucessivo, é admissível o fracionamento, isto é, não repugna ao arcabouço do imposto a previsão, em lei, de seccionamento da obrigação, para os fins de considerar que a ocorrência de vários fatos, decompostos em certos períodos de tempo, ainda que a execução contratual global não se tenha exaurido.

¹⁷ STF – Ag. Reg. Bem Decl. AI 84.008-DF – Rel. Min Décio Miranda – 2.ª T – j. 11.12.81, *DJU de 12.2.82*

¹⁸ TACSP – EI 103.410-2-01 – Rel. Juiz Paulo Hatanaka- 12.ª C – j. 16.12.97, *DJ-SP* 13.3.98

¹⁹ BRITO, Edvaldo, O imposto sobre serviço (ISS) e os Apart-Service Condominiais, *Revista de Direito Tributário* n.º 44, p. 64.

Em tais casos, o fato tributário tem-se por ocorrido num certo átimo, em virtude da segmentação da obrigação, efetuada tão só para efeitos tributários. Para tanto, a lei poderá optar por considerar ocorrido o fato tributável pelo ISS no momento da conclusão de uma etapa ou de um período.²⁰

Este tema será extremamente útil para solução na problemática do ISS sobre operações de cartão de crédito que será mais a frente melhor esmiuçado.

Nesta baila, lembra Marçal Justen Filho:

Em essência, se o aspecto material é a prestação de serviço, o aspecto temporal só pode ser um único momento: o momento em que há a prestação de serviço. Se é eleito como critério temporal, um momento temporal diverso, o único resultado seria o de que a tributação não mais teria por hipótese, no aspecto material, a prestação de serviço, mas aquela situação que se verifica no momento localizado a partir do critério temporal.²¹

Por fim, cabe salientar que o momento da ocorrência da incidência tributária é, também, importante para dizer em que local será devido o ISS, posto que só ocorrerá no momento em que se concretizar o critério material “prestação de serviço”, e no local onde ocorrer este fato teremos o Município a qual o imposto é devido.

Em conclusão, o elemento temporal sempre estará atrelado ao perfazimento do critério material, não sendo lícita a eleição de qualquer momento antecedente como identificador do aspecto temporal.

2.2. CONSEQUÊNCIA

2.2.1. Critério pessoal

2.2.1.1. *Sujeito ativo*

Somente a pessoa política eleita pela Constituição Federal poderá instituir tributos. A competência significa superior princípio constitucional que se caracteriza pela “privatividade, indelegabilidade, incaducabilidade, inaterabilidade, irrenunciabilidade e facultatividade do exercício.” (CARRAZZA, 1999, p. 339)

²⁰ BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na Lei*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 249.

²¹ FILHO, Marçal Justen. ISS – O imposto Sobre Serviços na Constituição, *Revista de Direito Tributário* n.º 46, São Paulo, RT, 1985, p. 138.

O ISS é imposto de competência dos Municípios e do Distrito Federal, excluindo-se os Estados e a União.

Convém ressaltar as observações concernentes as competências elaboradas por Roque Carrazza:

A mesma ordem de raciocínio poderia ser aplicada aos Municípios e ao Distrito Federal, que teriam, destarte, a faculdade de, impunemente, vierem a pelear entre si, na ânsia sempre renovada de carream para seus cofres o produto dos impostos arrolados no art. 156 da Constituição Federal.

....

Nada obstará à pretensão do Distrito Federal de cobrar o ISS de pessoa que tivesse prestado, em caráter negocial, um serviço de qualquer natureza no Município 'C' (ou Município 'C' de cobrar o ISS de pessoa que tivesse prestado, em caráter negocial, um serviço de qualquer natureza no Distrito Federal. Afigura-se nos solarmente claro, porém, que entendimentos desta jaez, sobre serem absurdos, comprometeriam, de forma irremediável, se aceitos, a harmonia da Federação e a autonomia dos Municípios e do Distrito Federal, além de instalarem o império da prepotência, do caos e da incerteza, fenômenos que a Constituição quer justamente atalhar.²²

Como já dito alhures, os critérios da regra matriz de incidência caminham para um mesmo sentido, e com a sujeição ativa, não poderia ser diferente. Assim, o sujeito ativo do ISS será o Município em cujo território ocorrer a prestação de serviços, cujo fato ensejar o nascimento da obrigação tributária, claro obedecendo à todas as observações anteriormente já expostas.

2.2.1.2. *Sujeito passivo*

No pólo passivo tributário insere-se a figura do Contribuinte, considerado a pessoa que mantém relação pessoal e direta com a respectiva materialidade, e que realiza o fato gerador, voluntariamente, ou seja, que desencadeia ou produz a materialidade da hipótese de incidência de um tributo, passando a ter patrimônio comprometido em benefício do sujeito ativo.

²² CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 16.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 530/531

A Constituição Federal não indica a pessoa que deve ser caracterizada como devedora do tributo, mas apenas contempla as materialidades suscetíveis de incidência, tendo disposto que cabe à Lei Complementar (artigo 146, inciso III) estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Ensina Paulo Ayres Barreto :

No âmbito de uma relação jurídica de cunho eminentemente tributário, o contribuinte é o único sujeito de direito a figurar no pólo passivo dessa relação. E assim é porque ele é o titular da riqueza pessoal descrita no antecedente da norma geral e abstrata de índole tributária.²³

A lei não pode estabelecer como contribuinte do ISS, pessoa qualquer de modo arbitrário, mas sim, cumprir o disposto constitucional. Portanto, a lei municipal só poderá atribuir sujeição passiva aquele que seja prestador de serviço.

O sujeito passivo só poderá ser aquele diretamente relacionado com o critério material da hipótese de incidência tributária.

2.2.2. Critério quantitativo

2.2.2.1. Base de cálculo

A base de cálculo é a grandeza instituída na consequência da regra-matriz tributária, juntamente com a alíquota, tem como função macro de medir a intensidade do núcleo factual descrito pelo legislador.

Podemos distinguir três funções distintas deste instrumento: a) medir as proporções reais do fato; b) compor a específica determinação da dívida; e c) confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material da descrição contida no antecedente da norma.²⁴

²³ BARRETO, Paulo Ayres, *Imposto Sobre a Renda e Preços de Transferência*, São Paulo, Dialética, 201, p. 86.

²⁴ BARROS, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário*, 14.ºed, São Paulo, Saraiva, 2002, p.324.

No momento em que o legislador elege os eventos que ostentam signos de riqueza, teremos retratada a capacidade contributiva absoluta ou objetiva e, por outro lado, veremos tornado efetivo a capacidade contributiva relativa ou subjetiva, com a repartição do impacto tributário, de tal forma que os participantes do acontecimento contribuam de acordo com o tamanho econômico do evento.

Tem, pois, a base de cálculo, aspecto fundamental da estrutura de qualquer tributo, tendo a qualidade de quantificar o objeto da obrigação tributária.

A base de cálculo, nas palavras de Geraldo de Ataliba, é definida da seguinte forma:

... uma perspectiva mensurável do aspecto material da hipótese de incidência que a lei qualifica com a finalidade de fixar critério para determinação, em cada obrigação tributária concreta, do *quantum debeatur*.

...

A importância da base impositiva é nuclear, já que a obrigação tributária tem por objeto sempre o pagamento de uma soma em dinheiro, que somente pode ser fixada em referência a uma grandeza prevista e ínsita no fato impositivo, ou dela decorrente, ou com ela relacionada.²⁵

Dispõe o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 406/68, mantido pelo artigo 7.º da LC 166/03, que a base de cálculo do ISS será o preço do serviço, ou seja, a receita auferida pela prestação como contrapartida pelo serviço prestado tributável pelo Município ou pelo Distrito Federal.

Acerca da definição de preço do serviço, cabe citar as observações de Aires F. Barreto:

Dentro dos limites constitucionais, a base de cálculo natural do ISS é o preço do serviço. A seu turno, preço do serviço é a contraprestação que o tomador ou usuário do serviço deve pagar diretamente ao prestador (ou, visto de outro prisma, preço do serviço é o valor a que o prestador faz jus, pelos serviços que presta). Por preço do serviço deve-se entender a receita bruta dele proveniente, sem quaisquer deduções.

Este último trecho do conceito (“sem quaisquer deduções”) tem levado alguns aplicadores da lei, no âmbito administrativo, a cometimento de manifestos equívocos. Olvidam-se ou não percebem que a cláusula “sem quaisquer deduções” está umbilicalmente ligada à propositura antecedente “receita bruta dele proveniente”. Só pode integrar a base de cálculo do ISS a receita bruta, sem deduções, que provenha de serviços. Não se pode efetuar deduções apenas e tão-só naquela receita bruta, que decorre, que provém diretamente da prestação de serviços.

Em outras palavras, se a receita for de serviços, não se poderá proceder a deduções. Mas isso não significa que se possa incluir na base de cálculo do ISS

²⁵ ATALIBA, Gerado, *Hipótese de Incidência Tributária*. 5.ª ed., São Paulo. Malheiros, 1993, p. 10.

quaisquer outros valores que, embora configurem receita, não provenham da prestação de serviços atribuídos à competência dos Municípios.²⁶

A prestação de serviço é a atividade humana de cunho intelectual ou material, que vem a ser o fato gerador, e cujo valor é a base de cálculo do imposto. Desta forma, apenas o valor da prestação do serviço em si pode ser considerada base de cálculo do ISS, não podendo ser considerado como tal qualquer dispêndio incorrido pelo prestador do serviço, e posteriormente recebido por este a título de reembolso. Por outro lado, a existência de atos regulamentares da Administração Pública, ampliando a base de cálculo e o fato gerador do imposto, em flagrante desacordo com o disposto no Decreto-Lei n° 406/68 (que tem status de lei complementar) é absolutamente inconstitucional, sendo ato praticado com abuso de poder, na modalidade de excesso de poder.²⁷

Concluimos que a base de cálculo deverá confirmar o critério material, portanto, para apuração de seu valor deverá se levar em conta o valor do negócio jurídico firmado entre as partes, qual o objeto da obrigação, para, a partir desse objeto verificar a atividade-fim contratada.

2.2.2.2. *Alíquota*

A alíquota, juntamente com a base de cálculo, constitui o critério quantitativo da norma tributária, em que é possível encontrar as grandezas utilizadas pelo legislador para definir a quantia a ser paga pelo sujeito passivo, a título de tributo.

Acerca da alíquota, ensina Paulo de Barros Carvalho:

... congregada à base de cálculo, dá a compostura numérica da dívida, produzindo o valor que pode ser exigido pelo sujeito ativo, em cumprimento da obrigação que nascera pelo acontecimento do fato típico.²⁸

²⁶ BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na Lei*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 301.

²⁷ SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da, Da ilegalidade da inclusão, na base de cálculo do Imposto sobre serviços, do montante das despesas incorridas para a prestação do serviço, *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 54, março de 2000, p. 100

²⁸ CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário*, 19ª ed., Saraiva, 2007, p.371

A alíquota é critério para determinar *o quantum* devido. É fator que, aplicado sobre a base de cálculo, resulta no valor da dívida tributária.

Em matéria de ISS, o § 3.º, inciso I do art. 156 da Constituição Federal determinou que caberia à Lei Complementar dispor sobre as alíquotas máximas e mínimas, in verbis:

"§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput deste artigo, cabe à lei complementar:

I - fixar suas alíquotas máximas e mínimas."

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 37 de 2002 foi acrescentado no ato das disposições transitórias o percentual mínimo de 2% nas alíquotas do ISS e com a Lei Complementar n.º 116/03 foi estabelecida o percentual máximo de 5%.

Entende parte da doutrina que a fixação de alíquotas mínimas por lei complementar representa uma restrição derivada de emenda que é um instrumento normativo subalterno à Constituição, e, como tal, é inconstitucional, por interferir no princípio federativo concernente à autonomia dos entes componentes da Federação Brasileira, protegido em nível de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I da CF).

Antecipando-se à ação do legislador complementar, a própria Emenda de nº 37/02, mediante introdução do art. 88 ao ADCT, fixou a alíquota mínima, ao dispor:

"Enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III do § 3º do art. 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso III do caput do mesmo artigo:

I - terá alíquota mínima de dois por cento, exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968."

Portanto, ficou fixada a alíquota mínima de dois por cento para a generalidade dos serviços tributáveis, excetuados os serviços de execução por administração ou empreitada, ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e serviços de engenharia consultiva,

serviços de demolição e serviços de reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (itens 32, 33 e 34 da lista anexa ao Decreto-Lei nº 406/68).

Quanto ao limite máximo de tributação, o texto da Constituição Federal em vigor continua referindo-se às "alíquotas máximas", e não à "alíquota máxima", no singular.

Verifica-se, pois, que, desde o Ato Complementar nº 34/67 até os diferentes textos constitucionais, culminando com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 37/02, não há referência à alíquota máxima do imposto sobre serviços, mas somente alusão às "alíquotas máximas" que, por óbvio, só podem se referir aos diversos tipos de serviços tributáveis pelo Município.

Inegável, portanto, que a limitação constitucional não se refere ao imposto sobre serviços em si, mas apenas a alguns dos serviços por ele tributados. Aliás, a tese da alíquota máxima do imposto na base de 5% para todos os serviços tributáveis fere a própria literalidade do texto constitucional, que se refere às "alíquotas máximas", no plural.

A entidade política local continua, sem sombra de dúvida, com a liberdade de fixar a alíquota que bem entender, de acordo com a política tributária estabelecida, naqueles itens de serviços não sujeitos às alíquotas máximas pela lei de regência nacional do imposto.

Continua em aberto a fixação de alíquotas máximas do imposto sobre serviços, com exceção da tributação do serviço de exploração de rodovias, limitada à alíquota de cinco por cento.

O que existe de concreto é a fixação de alíquota mínima de 2% para a maioria dos serviços tributáveis, excetuados os serviços de execução, por administração ou empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e serviços de engenharia consultiva, serviços de demolição e serviços de reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (itens 32, 33 e 34 da lista anexa ao Decreto-Lei nº 406/68), que correspondem, atualmente, aos itens 7.02, 7.04 e 7.05 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03.

Diante de todo o exposto, apesar de todas as controvérsias, temos como regra geral, a partir de 2003, a alíquota mínima de 2% e, a partir de 2004, a alíquota máxima de 5%, que deverão ser observadas pelos Municípios e Distrito Federal para cobrança do ISS.

3. A PROBLEMÁTICA DO ISS SOBRE OPERAÇÕES DE CARTÃO DE CRÉDITO

3.1. FATO IMPONÍVEL

Como já dito anteriormente, a hipótese de incidência do ISS (art. 156, II, CF) é a prestação de qualquer serviço excluído o compreendido na competência tributária dos Estados (art. 155, II, CF) com conteúdo econômico, sob regime de direito privado.

Especificamente o ISS sobre operações de cartão de crédito tem como fato gerador toda prestação de serviços remunerada pelos fornecedores afiliados ao sistema, através da comissão que tem direito a Administradora do Cartão, por fatura paga. A Administradora cobra de seus usuários taxa de emissão/anuidade, a título de cobrir as despesas de sua emissão, situação deve ser entendida como uma contraprestação do titular ao emissor pelo serviço que esse lhe presta.²⁹

Os serviços de administração de cartões de crédito, débito e congêneres, encontram-se relacionados no item 15.01 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03 (administração de fundos quaisquer, de consórcio, de cartão de crédito ou débito e congêneres, de carteira de clientes, de cheques pré-datados e congêneres).

Passaremos a diante a verificar as peculiaridades deste tributo.

²⁹ REsp nº 439.432 - RJ – STJ – Julgamento em 03.08.2006

3.2. ESTABELECIMENTO PRESTADOR

De acordo como o disposto no art. 4º da Lei Complementar Federal nº 116/03, considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Já dispunha o Decreto-lei nº 406 que o local da incidência do ISS não é o do estabelecimento "do prestador", mas sim o "estabelecimento prestador". O que interessa saber é qual o estabelecimento que presta os serviços com efetividade, pouco importando se ele não esteja localizado no Município onde os serviços estão sendo prestados. Não é qualquer estabelecimento do prestador que pagará o ISS, mas sim o estabelecimento que prestar efetivamente os serviços.

A etimologia da palavra "estabelecimento" mostra que o vocábulo vem do Latim *stabilis*, de *stare*, que tem o significado de estar parado, de estável, de durável no tempo. O estabelecimento dá a idéia da ação ou efeito de estabelecer, de fundar, ou seja, onde a coisa se acha "estabelecida". "Estabelecer-se" quer dizer abrir um negócio. O estabelecimento surge quando o empresário escolhe o local onde vai organizar o exercício da sua atividade econômica, seja ela industrial, comercial ou de serviços.

O estabelecimento não é "domicílio", apesar de ter localização fixa no espaço, porém é o local onde a atividade empresarial é exercida. Não irá também se confundir o estabelecimento com o prédio onde está situada a empresa, pois o prédio, isoladamente, não exerce atividade empresarial. Oscar Barreto Filho ensina que estabelecimento "é o complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil".³⁰No que diz respeito à lei tributária, esta é que irá determinar a obrigação tributária em relação ao estabelecimento, regulando-a. A única exceção é que "a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos

³⁰ LIMONAD, Max. *Teoria do estabelecimento comercial*, 1ª edição, São Paulo, 1969, p. 75

institutos, conceitos e formas do Direito Privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, para definir ou limitar competências tributárias" (art. 110 do CTN).

Esclarece José Eduardo Soares de Melo que “embora o contribuinte tenha liberdade para instalar sua sede e o estabelecimento prestador de serviços nos locais que sejam de seu exclusivo interesse (princípio da autonomia da vontade que regra os negócios particulares), a atividade somente poderá ficar sujeita à alíquota menos gravosa, se efetivamente possuir de modo concreto (e não apenas “caixa postal”) um estabelecimento no Município B. Um simples local que nada possui (bens, pessoas, instalações) representará uma mera simulação, cujos efeitos tributários podem ser desconsiderados”.³¹

Aliás, o Supremo Tribunal Federal (STF) já pontificou que: “A forma ou modalidade de atuação da empresa, por conveniência de sua organização, por si só, não poderá afastar a competência tributária do Município, desde que caracterizada a ocorrência do fato gerador. Interpretação razoável (Súmula 400). Recurso Extraordinário não conhecido”.³²

Por vezes torna-se difícil qualificar o sujeito ativo (Município credor de ISS), dada a pluralidade de estabelecimentos que participam da prestação dos serviços, a diversidade de etapas pertinentes a essas atividades, ou até mesmo a sua execução sem a participação de estabelecimento.

Nesta baila, esclarece José Eduardo Soares de Melo:

A fixação do Município competente (ISS) implica o critério jurídico estipulado para a configuração do fato gerador, tendo em vista circunstâncias especiais da prestação envolvendo uma complexidade de atividades (fracionadas ou não). Na medida em que só se considere como efetivo serviço prestado aquele objeto de conclusão – entendendo irrelevantes todos os atos anteriores – somente poderá ser considerado como local da prestação (obrigação do ISS) aquele em que ocorrer o término dos serviços.³³

³¹ MELO, José Eduardo Soares de. *ISS – Aspectos Teóricos e Práticos*. Dialética, 3ª edição: São Paulo, 2003, p. 150.

³² RE nº 92.883 – RS – STF – 1º Turma – Julgamento em 09.09.1980, RTJ 96/912.

³³ BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na Lei*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 301.

O Poder Judiciário já enfrentou essa questão do local da incidência do ISS quando a prestação de serviços envolve uma complexidade de atividades, senão vejamos:

Ementa:

Tributário. ISS. Administração de Consórcios. O Imposto sobre Serviços é exigível no Município em que a empresa prestadora de serviços administra o consórcio, nada importando que capte a clientela em outros Municípios. Recurso Especial não conhecido pela letra “a”.³⁴

Ementa:

Tributário. ISS. Local da Incidência. O local do recolhimento do ISS incidente sobre a administração de bens ou negócios inclusive consórcios é o do território do Município onde se realiza o serviço. O serviço de administração de consórcios compreende não só a coleta dos nomes dos interessados como a realização de reuniões, cobrança de parcelas e respectiva contabilização, aquisição de bens e sorteio de consorciados, e, in casu, em todas essas etapas, praticado no Município de Lins, ao qual cabe o poder de tributar. Recurso improvido. Decisão unânime.³⁵

O STJ assim se manifestou acerca do tema:

Embargos de Divergência. ISS.Competência. Local da Prestação de Serviços. Precedentes.

Para fins de incidência do ISS – Imposto Sobre Serviços-, importa o local onde foi concretizado o fato gerador, como critério de fixação de competência do Município arrecadador e exigibilidade do crédito de competência do Município arrecadador e exigibilidade do crédito tributário, ainda que se revele o teor do art. 12, alínea ‘a’ do Decreto-Lei n.º 406/68.

Embargos rejeitados.³⁶

Por fim, cabe citar:

ISS – Administração de Consórcios - Local da Prestação do Serviço - Competência

... o fato gerador do ISS é uno, realizando-se na localidade em que se concentra o fornecimento dos serviços (Decreto-Lei 406/68, arts. 8.º e 12 e legislação complementar), enfim, na praça em que se acha instalada a administração da empresa responsável pelo consórcio. Não altera, Ademais, esse posicionamento o fato da colocação, mesmo por estabelecimento filial, de cotas em outros Municípios, como, aliás, vem a jurisprudência assentando (CRF. Dentre outras, decisões em Apelação 421.482/90, j. e, 10.04.90, v.u., 1.º TAC, 6.ª Câmara; e Apelação 406.178/90, j. em 29/6/89, v.u., 1.º TAC, 7.ª Câmara). Desse modo, fática e legalmente, tem-se por efetivados os serviços no local da sede da administradora, compatibilizando-se assim, a exação com o respectivo sistema jurídico. (Ac. Um. da 4.ª C. do 1.º TACSP – AC 512.765-7 – Rel. Juiz Carlos Bittar – j. 26.6.94 – Apte:

³⁴ STJ - Resp nº 11.942 – SP – 91.122290-4 – Rel. Min. Ari Pargendler - 2ª Turma – Julgamento em 06.11.1995, *DJU* 1 de 11.12.95, p.43.197

³⁵ STJ - Resp nº 72.398 – SP – 95.0042132-1 – Rel. Min. Demócrito Reinaldo - 1ª Turma – Julgamento em 06.05.1996, *DJU* 1 de 10.06.1996, p. 20.283

³⁶ STJ – Emb. Div. em Recurso Especial 130.792-CE – 1997/0090500-4 - Rel. p/acórdão Min. Nancy Aldrighi, 1.ª Seção – Julgamento 07.04.2000, *DJU* de 12.06.2000, p. 66.

Prefeitura Municipal de Maringá; Apda: Ban Consórcio Administração de Bens e outra; Recte.: Juízo de ofício – ementa IOB, por transcrição parcial.³⁷

Para efeito do ISS, estabelecimento prestador será o local da atividade do contribuinte, onde há o fornecimento de trabalho, a locação de bens móveis ou a cessão de direitos. Há a possibilidade de existirem vários estabelecimentos prestadores, desde que a empresa os possua, como matriz e filiais. Os estabelecimentos auxiliares que não tiverem autonomia jurídica e econômica não poderão ser considerados como estabelecimentos para efeito do ISS.

Não obstante as controvérsias na determinação do sujeito ativo, da análise da Lei Complementar nº 116/03 há de se concluir que o local do recolhimento do ISS incidente sobre os serviços prestados pela empresa será o local do estabelecimento prestador de serviços.

Todo o exposto acima é importante para se concluir que a atividade de administração de cartão de crédito será considerada como realizada no âmbito de seu estabelecimento prestador, ou seja, onde se conclui sua atividade-fim.

3.3. TERCEIRIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E O MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

Os serviços de administração de cartões de crédito, débito e congêneres relacionados no item 15.01 são efetivamente prestados quando da sua conclusão, sendo irrelevantes os atos iniciais, preparatórios, convergentes para a consecução do negócio.

Na medida em que só se considere como efetivo serviço prestado aquele objeto de conclusão – entendendo irrelevantes todos os atos iniciais, preparatórios, convergentes para a consecução do negócio – somente poderá ser considerado como local da prestação (obrigação do ISS) aquele em que ocorrer o término dos serviços.

³⁷ RJ-IOB 15/94, 1ª quinz. De ago/94, p. 290, ementa 1/7.706.

Veja-se o julgado abaixo:

TRIBUTÁRIO, ISSQN. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. ATIVIDADE-FIM. LISTA DE SERVIÇOS. AUTO DE INFRAÇÃO. ANULAÇÃO. 1. Apenas atividades constantes da lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 ensejam o pagamento do imposto sobre serviços de competência dos municípios. 2. Não incide o ISSQN sobre atividades não consideradas finalísticas desenvolvidas pelas instituições bancárias. Precedentes do E. STJ. 3. Mantida a desconstituição do auto de infração.³⁸

Poderá a empresa fazer a terceirização das atividades que não sejam consideradas como objeto de sua prestação de serviço, ou seja, sua atividade-fim.

Como é cediço, a terceirização consiste em repassar a outras empresas a tarefa de realizar as atividades não essenciais da empresa contratante, denominadas atividade-meio como será visto a seguir.

Considera-se atividade-meio aquela que não é inerente ao objetivo principal da empresa, trata-se de serviço necessário, mas que não tem relação direta com a atividade principal da empresa, ou seja, é um serviço não essencial e, atividade-fim, aquela que caracteriza o objetivo principal da empresa, a sua destinação, o seu empreendimento, normalmente expresso no contrato social.

Acerca da atividade-meio, Aires F. Barreto manifesta o seguinte:

Alvo de tributação é o esforço humano prestado a terceiros como fim ou objeto. Não as suas etapas, passos ou tarefas intermediárias, necessárias à obtenção do fim. (...) somente podem ser tomadas, para compreensão do ISS, as atividades entendidas como fim, correspondentes à prestação de um serviço integralmente considerado em cada item. Não se pode decompor um serviço porque previsto, em sua integridade, no respectivo item específico da lista da lei municipal nas várias ações-meio que o integram, para pretender tributá-las separadamente, isoladamente, como se cada uma delas correspondesse a um serviço autônomo, independente. Isso seria uma aberração jurídica, além de construir-se em desconsideração à hipótese de incidência do ISS.³⁹

³⁸ TRF4, 2ª T., unânima, REOMS 2000.70.01.004074-4/PR, rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares, jun/2002

³⁹ BARRETO, Aires F., *ISS: Serviços de despachos aduaneiros/momento de ocorrência do fato imponible/local da prestação/base de cálculo/arbitramento*, em Revista de Direito Tributário nº 66, Ed. Malheiros, p. 114/115).

Por todo o exposto, admite-se que determinada empresa contrate empresas prestadoras de serviços para a realização das suas atividades-meio, ou seja, aquelas atividades que não são voltadas diretamente para a atividade principal da empresa contratante. Contudo, tal entendimento exige que não haja na prestação dos serviços, a pessoalidade e a subordinação direta.

Uma empresa que terceiriza as atividades, por exemplo, de corretagem e intermediação, correspondem à mera atividade-meio, da atividade complexiva de administração de cartões e congêneres.

Para fins de incidência do ISS, deve-se considerar como tributável apenas o objeto principal do contribuinte, e não as atividades meramente preparatórias, devendo apenas ser considerado como sua atividade-fim a administração de cartões e congêneres.

Quando da análise de serviços que envolvem a execução de múltiplos serviços formadores de um serviço-fim, temos nas palavras de Aires Fernandino Barreto:

Os leigos tendem a confundir o exercício de atividades-meio com a prestação de serviço. Calcados na nomenclatura dos serviços – cuja tributação pelo Município é sugerida pela lei complementar nº 56/87 – misturam, embaralham, confundem, equiparam, tarefas-meio com serviços. Na sua simplicidade ingênua, não distinguem a consistência do esforço humano prestado a outrem, sob o regime de direito privado, com conteúdo econômico, das ações intermediárias que tornam possível o “fazer para terceiros”. Reúnem o que não se amálgama. (...)

Alvo de tributação é o esforço humano prestado a terceiros como fim ou objeto. Não as suas etapas, passos a tarefas intermediárias, necessárias à obtenção do fim. Não a ação desenvolvida como requisito ou condição do *facere* (fato jurídico posto no núcleo da hipótese de incidência do tributo). (g.n)

Nos dizeres de Paulo de Barros Carvalho:

Nos chamados *atos geradores complexivos*, se pudermos destrinchá-los em seus componentes fáticos, haveremos de concluir que nenhum deles, isoladamente, tem a virtude jurídica de fazer nascer a relação obrigacional tributária: nem metade de seus elementos; nem a maioria e, sequer, a totalidade menos um. O acontecimento só ganha proporção para gerar o efeito da prestação fiscal, mesmo que composto por mil outros fatores que se devam conjugar, no instante em que todos estiverem concretizados e relatados, na forma legalmente estipulada. Ora, isso acontece num determinado momento, num especial marco de tempo.

Antes dele, nada de jurídico existe, em ordem ao nascimento da obrigação tributária. Só naquele átimo irromperá o vínculo jurídico que, pelo fenômeno da imputação normativa, o legislador associou ou acontecimento do suposto.⁴⁰

⁴⁰ CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário*, 19ª ed., Saraiva, 2007, p.276.

Assim, considerando-se que no caso em tela a prestação de serviço tributável é a administração de cartão de crédito, débito e congêneres, a realização de atividades-meio para alcançar esta finalidade não pode ser tributada pelo ISS.

Ou seja, os atos preparatórios à prestação de serviços de administração de cartão de crédito, débito e congêneres, como a contratação/assinatura de propostas por parte dos clientes/titulares, assinatura dos contratos por parte dos estabelecimentos afiliados, não serão capazes de fazer nascer qualquer obrigação tributária porque não mais se constitui como atividade-fim.

Não obstante, ainda que a Lista anexa à Lei Complementar nº 116/03 abrigue itens que expressam a tributação de determinadas atividades que foram tratadas acima como atividades-meio da *administração de congêneres aos cartões de crédito e débito* (por exemplo itens 10.02 e 15.14), referidas atividades serão tributáveis apenas na hipótese de se consubstanciarem como atividade-fim das pessoas jurídicas.

Ou seja, enquanto mantida na administradora as diversas funções exercidas (como emissão, manutenção, intermediação e mesmo a administração), sua tributação ocorrerá na forma do item 15.01 da Lista anexa à Lei Complementar nº 116/03.

Um acontecimento só pode gerar o efeito da prestação fiscal, no instante em que todos os fatos a ele atrelados estiverem concretizados, na forma legalmente prevista.

No caso do fato complexo, se este só propaga efeitos jurídicos em determinado instante, deve-se convir que, anteriormente àquele momento, não existia obrigação tributária, pois nenhum fato ocorreu de acordo com o modelo normativo, inexistindo, portanto, os efeitos jurídicos fiscais.

Posto isso, assenta-se que a tributação da administração de cartão de crédito, como acima exposto, ocorrerá na conclusão de sua atividade-fim, ou seja, no instante em que todos os fatos estiverem concretizados, na forma legalmente prevista.

3.4. LOCAL DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

Não apenas os atos iniciais são irrelevantes para tributação pelo ISS enquanto atividades-meio, mas também são irrelevantes os locais onde são realizados.

Considerar-se-á ocorrido o fato gerador do ISS relacionado ao item 15.01 no local que contempla todos os meios, equipamentos, pessoal e instrumentos indispensáveis à realização da atividade-fim (obrigação de fazer), no caso, administração de cartões de crédito, débito e congêneres.

Como já explicitado anteriormente, entende-se por estabelecimento prestador, consoante assevera Bernardo Ribeiro de Moraes:

Prestado o serviço, verifica-se o local de sua prestação através da existência ou não de um ‘estabelecimento prestador’. Não se trata de um estabelecimento qualquer prestador, mas, sim, do estabelecimento prestador do serviço. Gonçalves de Oliveira afirma que com tal critério, ‘o legislador nacional preferiu, em verdade, prestigiar as grandes organizações, baixar o seu custo operacional, estimulando a aquisição de aparelhagem técnica moderna, aparelhos eletrônicos de grande valor para o fim de centralizar os atos e serviços das grandes sociedades.’ (Gonçalves de Oliveira, “Parecer”, in RDA 107/357). Para fins de tributação, o que importa é a existência de um estabelecimento prestador.”⁴¹

Conclui-se, pois, que a simples instalação de determinados departamentos (de vendas, por exemplo) em Municípios diversos não será apta a transferir a tributação do ISS a esses Municípios, em razão dos mesmos não se revestirem das características necessárias ao conceito de estabelecimento prestador.

Consoante José Eduardo Soares de Melo, “os fatos tributários naturalmente ocorrem em específicos lugares, cumprindo ao legislador estabelecer o local em que – uma vez acontecida a materialidade tributária – se repute devida a obrigação”⁴².

⁴¹ MORAES, Bernardo Ribeiro. “Doutrina e Prática do imposto sobre serviços”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, p. 487/488.

⁴² MELO, José Eduardo Soares de. *ISS – Aspectos Teóricos e Práticos*. Dialética, 3ª edição: São Paulo, 2003, p. 146.

Portanto, será no Município em que tiver esse espaço físico, que deve ser considerado como o local do estabelecimento prestador, nos exatos termos do artigo 4º, da Lei Complementar nº 116/03.

A contrario sensu, nos demais Municípios onde se angariam novos titulares e afiliados para utilização do serviço prestado, não ocorre qualquer prestação de serviços passível de tributação pelo ISS vez que, como já mencionado, as atividades-meio isoladamente consideradas não são objeto de contratação pelos clientes e não são economicamente apreciáveis para fins de tributação pelo ISS.

Posto isso, assenta-se que a tributação da administração de cartão de crédito, como acima exposto, ocorrerá na conclusão de sua atividade-fim, ou seja, no instante em que todos os fatos estiverem concretizados, na forma legalmente prevista.

CONCLUSÃO

Do estudo realizado à luz da doutrina e da jurisprudência trazidas à colocação, buscamos trazer reflexões sobre o tema à procura de resultados práticos satisfatórios.

Assim, chegamos a algumas conclusões: a) os atos preparatórios à prestação de serviços de administração de cartão de crédito, débito e congêneres, como a contratação/assinatura de propostas por parte dos clientes/titulares, assinatura dos contratos por parte dos estabelecimentos afiliados, não serão capazes de fazer nascer qualquer obrigação tributária porque não mais se constitui como atividade-fim; b) A tributação da administração de cartão de crédito ocorrerá na conclusão de sua atividade-fim no âmbito de seu estabelecimento prestador, ou seja, no instante em que todos os fatos estiverem concretizados, na forma legalmente prevista.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ATALIBA, Gerado, *Hipótese de Incidência Tributária*. 5.^a edição. São Paulo: Malheiros, 1993.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 2.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na Lei*. São Paulo: Dialética, 2003

_____. *ISS: Serviços de despachos aduaneiros/momento de ocorrência do fato imponible/local da prestação/base de cálculo/arbitramento*, em Revista de Direito Tributário n° 66, Ed. Malheiros.

BASTOS, Freitas. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 6.^a edição. Rio de Janeiro, 1959.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1972.

BORGES, José Alberto. ISS – Mão-de-obra – Base de Cálculo. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 45, São Paulo: Dialética.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n° 92.883 – RS – 1º Turma – Brasília, 09.09.1980, RTJ 96/912.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 189.227/SP . Relator: Min. Milton Luiz Pereira. Brasília, 2.5.2002, DJU de 24.6.02.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça 1ª Seção. EdivREsp 130.792/CE. Relator: Min. Nancy Andrighi, Brasília, 1.4.2000, DJU de 12.6.2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n° 439.432 – RJ. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 03.08.2006. DJ 18.8.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 11.942 – SP – 91.122290-4. Relator: Min. Ari Pargendler - 2ª Turma. Brasília, 06.11.1995, DJU 1 de 11.12.95.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 72.398 – SP – 95.0042132-1. Relator: Min. Demócrito Reinaldo - 1ª Turma. Brasília, 06.05.1996, DJU 1 de 10.06.1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Emb. Div. em Recurso Especial 130.792-CE – 1997/0090500-4. Relator: Min. Nancy Aldrighi, 1.ª Seção. Brasília, 07.04.2000, DJU de 12.06.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF – Ag. Reg. Bem Decl. AI 84.008-DF, Relator: . Min Décio Miranda 2.ª T. Brasília, 11.12.81, DJU de 12.2.82.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. TRF4, 2ª T., unânima, REOMS 2000.70.01.004074-4/PR. Relator: Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares. jun/2002

BRITO, Edvaldo. *Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. O imposto sobre serviço (ISS) e os Apart-Service Condominiais, *Revista de Direito Tributário* n.º 44, São Paulo: RT.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 16.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *ISS na lei complementar e na Constituição*. Org. Heleno Taveira Torres. Inconstitucionalidade dos itens 21 e 21.1 da lista de serviços anexa à LC 116/2003, Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

_____. Grupo de Empresas – autocontrato – Não-incidência de ISS – Questões Conexas. RDDT 94/130-132, jul/2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direito Tributário Linguagem e Método*. 2ª edição. São Paulo: Noeses, 2008

COSTA, Adriano Soares da. Breves Notas sobre a LC 116/2004 e as Cláusulas Gerais: os limites da Taxatividade. *ISS – LC 116/2003*. Organizadores Marcelo Magalhães Peixoto e Ives Gandra da Silva Martins, Curitiba: Juruá e APET, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

GASPAR, Walter. *ISS – Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

GIARDINO, Cléber. Conflitos de Competência entre ICM, ISS e IPI. *Revista de Direito Tributário* vols 7/8, São Paulo: RT.

HOFFMANN, Susy Gomes. O imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. In: SANTI, Eurico Marco Diniz (Coord). *Curso de Especialização em Direito Tributário*. São Paulo: Forense, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. ISS – O imposto Sobre Serviços na Constituição, *Revista de Direito Tributário* n.º 46, São Paulo: RT, 1985.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto Martins. *Manual do Imposto Sobre Serviços*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. *ISS – Aspectos Teóricos e Práticos*. 3ª edição. São Paulo: Dialética, 2003.

MORAES, Bernardo Ribeiro. Doutrina e Prática do imposto sobre serviços, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

REQUIÃO, Roberto. *Curso de Direito Comercial*, 1º vol, 18.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento Tributário*. 2ª edição. São Paulo: Max Limonard, 1999.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. TACSP – EI 103.410-2-01. Relator: Paulo Hatanaka- 12.^a C. São Paulo, 16.12.97, DJ-SP 13.3.98.

SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Da ilegalidade da inclusão, na base de cálculo do Imposto sobre serviços, do montante das despesas incorridas para a prestação do serviço, *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 54, março de 2000.

XAVIER, Alberto. *Conceito e Natureza do Lançamento Tributário*. São Paulo: Juriscredi.