

Editor: Fernando Aurelio Zilveti  
Editor-assistente: Michell Przepiorka Vieira

ISSN 1415-8124

---

---

# REVISTA DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

---

---

**RD  
TA**

**42**

2<sup>o</sup> Semestre 2019

***Current Issues of Tax Law Review***

*N. 42 – 2019 / 2<sup>nd</sup> Semester*



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

# CONFLITOS DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ENTRE O ISS E O IOF NO MERCADO FINANCEIRO: OPERAÇÕES DE FINANCIAMENTO COM REPASSE DE RECURSOS DO BNDES<sup>1</sup>

*CONFLICTS OF TAX JURISDICTION BETWEEN SERVICE TAX  
("ISS") AND TAX ON FINANCIAL OPERATIONS ("IOF") IN THE  
FINANCIAL MARKET: FINANCING OPERATIONS WITH  
RESOURCES SUPPLIED FROM THE NATIONAL BANK FOR  
ECONOMIC AND SOCIAL DEVELOPMENT ("BNDES")*

## **Arthur Leite da Cruz Pitman**

*Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Pós-graduando em MBA (Master in Business Administration) em Gestão Tributária – FIPECAFI. Advogado em São Paulo. E-mail: [arthurlcpitman@gmail.com](mailto:arthurlcpitman@gmail.com)*

## **Rinaldo Leon Gomes Pereira Braga**

*Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Pós-graduando em MBA (Master in Business Administration) em Gestão Tributária – FIPECAFI. Advogado em São Paulo. E-mail: [rinaldobraga@gmail.com](mailto:rinaldobraga@gmail.com)*

## INTRODUÇÃO

O surgimento do mercado financeiro e de capitais tem origem no fluxo de recursos entre poupadores e aqueles que demandam recursos imediatos, em vista da ampliação da demanda pela produção de bens e serviços. Nesta lógica, emerge a importância da atuação das instituições financeiras integrantes do setor bancário como intermediadoras do contato entre a oferta e demanda de dinheiro, contribuindo para o fomento da economia e a mobilização de capitais.

---

<sup>1</sup> Artigo declarado como vencedor (1º lugar) do concurso de monografias do I Seminário "Tributação do Mercado Financeiro e de Capitais", organizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT, conferindo aos seus autores o Prêmio "Hiromi Higuchi".

A complexidade da atuação de instituições bancárias no mercado financeiro e de capitais, somada a inerente complexidade da tributação sobre o consumo no Brasil, cuja base tributária foi dividida entre os três níveis da Federação, constituem campo propício para o surgimento de potenciais disputas em razão de possíveis conflitos de competência tributária entre entes federativos, notadamente entre os Municípios e a União no caso dessas atividades.

Paradigmático é o conflito de competência que se apresenta nos casos de financiamento pelo BNDES, envolvendo instituições financeiras. Nos segmentos econômicos onde o acesso ao crédito é escasso ou de difícil acesso, as políticas de investimento e incentivo econômico de instituições financeiras públicas costumam oferecer linhas de financiamentos subsidiados, delimitados a setores estratégicos, como o industrial, agrícola ou infraestrutura. Neste contexto, o BNDES oferece linhas de financiamento voltadas à iniciativas empreendedoras que incentivem investimentos em ativo fixo, produção industrial, pesquisa e desenvolvimento, através de concessão do crédito operacionalizada por intermédio de bancos privados, que atuam, nesse caso, como redistribuidores dos recursos financeiros.

Nessas situações, os Fiscos Municipais têm atuado as instituições financeiras privadas que atuam como intermediadores dos financiamentos custeados com recursos financeiros do BNDES, sob o argumento de que os contribuintes estariam realizando “contratação de aval, fiança, anuência e congêneres” e, portanto, se enquadrariam no item 15.08 da Lista Anexa à Lei Complementar n. 116/2003.

O presente artigo tem como objetivo demonstrar que a atuação das instituições financeiras privadas e intermediadoras de financiamentos com recursos públicos não se subsume ao conceito de serviço tributável, tampouco incorre na “contratação de aval, fiança, anuência e congêneres”, atividades que constam na lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003. Para tanto, serão explicadas algumas premissas conceituais, econômicas e jurídicas imprescindíveis para compreensão do regime tributário aplicável às instituições financeiras atuantes no mercado financeiro e de capitais, notadamente no oferecimento de financiamentos com repasses de recursos financeiros do BNDES.

Inicialmente, serão apresentadas questões conceituais e propostas de definição de “mercado financeiro” e “mercado de capitais”, determinando em qual ambiente é desenvolvida a atividade de financiamento com repasses de recursos públicos. Em seguida, será delimitada a natureza das manifestações de riqueza realizadas no mercado financeiro e de capitais por meio da teoria do fluxo circular da renda. Após, serão feitas considerações gerais sobre a delimitação de competência tributária, especialmente no tocante ao âmbito de abrangência do IOF e do ISS. Por fim, serão analisados os contratos de repasse de recursos financeiros para concessão de financiamento do BNDES, com intuito de se

demonstrar que, por força da rígida discriminação de competências no plano constitucional, sobre tal operação caberia apenas a tributação pelo IOF.

## 1. COMPREENDENDO O AMBIENTE DO CONFLITO: MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS

A concessão de crédito via mútuos bancários, inclusive com repasses de recursos por instituições financeiras públicas a partir de linhas especiais de financiamento, ocorrem no ambiente de *mercado financeiro e/ou de capitais*. Portanto, é fundamental a compreensão prévia dos conceitos e definições que envolvem este segmento para determinação da natureza das operações desenvolvidas e o regime tributário aplicável neste contexto.

A atividade financeira envolve trocas, compras, vendas e aplicações de *dinheiro*, seja qual for a modalidade para tanto adotada, resultante de umas das funções da *moeda*: (i) meio de troca geral; (ii) reserva de valor; (iii) denominador comum de valor de troca; (iv) instrumento de pagamento<sup>2</sup>. Por conta destes atributos, a moeda possui uma íntima ligação com o *mercado de crédito e o mercado de valores mobiliários*, uma vez que estes decorrem do trânsito de capitais que se verifica nas sociedades.

Historicamente, o advento da moeda permitiu que as relações comerciais substituíssem o pagamento de prestações em bens de consumo por contrapartidas em pecúnia, fazendo emergir na sociedade um conjunto de relações de cunho financeiro que revelaram a circulação de riqueza entre agentes de mercado. Neste cenário, alguns em situações privilegiadas conseguiam poupar riquezas, enquanto outros demandavam mais fontes de riquezas. A oposição entre o excesso e a carência de capitais passaram a ser “o verso e o anverso da mesma realidade econômica”, qual seja, o fluxo de capitais monetários. Deste modo, a poupança se mobilizou entre prestadores e tomadores dos recursos, fazendo deste trânsito financeiro uma atividade rentável para alguns e custosa para outros. Se, de um lado, aqueles que detinham riqueza acumulada passaram a necessitar a estrutura que possibilitasse aplicar seus recursos excessivos e a disponibilizá-los aos seus potenciais tomadores; de outro, surgem aqueles que demandam acesso aos recursos e à liquidez imediata, ainda que mediante a exigência de preço. Conseqüentemente, emerge desse contexto a figura das instituições financeiras – como intermediadores dos poupadores e tomadores de recursos – e dos juros – isto é, o preço da utilização do dinheiro num determinado espaço de tempo<sup>3</sup>.

Jairo Saddi ensina que é a partir da poupança feita por alguns que surge o crédito, a partir da transferência desta a terceiros, permitindo adquirir poder de comprar e satisfazer

2 MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Direito monetário e tributação da moeda*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 60-75.

3 MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Direito monetário e tributação da moeda*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 82-84.

necessidades de consumo<sup>4</sup>. Ou seja, o mercado financeiro existe pelo fato de que alguns agentes econômicos “pouparam mais do que investem” em relação aos que “investem mais do que pouparam”, possibilitando a troca entre as unidades que apresentam níveis de poupança para as unidades que possuem níveis de necessidade significativos, sempre que postas em contato, *direto ou indireto*, a um *custo mínimo* e com menores dificuldades possíveis<sup>5</sup>.

Tendo em vista o efeito precípua de estímulo à circulação de capitais e fomento da economia, a intermediação de recursos na sociedade pode se dar de forma direta – através do mercado de crédito propriamente dito (ou mercado de crédito) – ou indireta – mediante o mercado de valores mobiliários (ou mercado de capitais).

Segundo Roberto Quiroga Mosquera, a primeira hipótese se refere ao *mercado financeiro*, que é o “mercado de intermediação bancária ou intermediação financeira”, marcado “pela interposição de entidade financeira entre aqueles que têm recursos disponíveis e aqueles que necessitam de crédito”<sup>6</sup>. Assim, as instituições financeiras realizam a captação de recursos disponíveis com poupadores, sejam eles entidades privadas ou públicas, para posterior cessão desses valores potenciais tomadores de financiamentos no mercado de crédito. Já a segunda hipótese se refere ao *mercado de capitais*, também conhecido como “mercado de valores mobiliários” ou “mercado da desintermediação financeira”. Neste, a instituição financeira não se interpõe entre poupadores de recursos e potenciais tomadores de financiamentos, pois a relação entre estes agentes econômicos se dá diretamente, desde que com a intervenção obrigatória da instituição financeira como viabilizador de acesso ao mercado de capitais<sup>7</sup>. Este segundo pode ser subdividido em *mercado primário* – no qual o financiamento direto se dá pela emissão de valores mobiliários (*stocks*) e títulos (*bonds*) – ou *mercado secundário* – no qual se realizam operações de negociação com valores e títulos já emitidos no mercado primário a fim de atribuir-lhes liquidez<sup>8</sup>.

Ademais, o mercado de crédito e o mercado de capitais podem apresentar divisões especializadas em remunerações que o dinheiro, ou aquilo que o represente pode gerar. Assim, existem investimentos remunerados por meio de renda fixa, que “pode ser definido como o mercado de negociações que remuneram o dinheiro com valores certos e predeterminados, quer por serem conhecidos desde o momento da contratação, quer por

4 SADDI, Jairo Sampaio. O poder e o cofre: repensando o Banco Central. São Paulo: Textonovo, 1997, p. 39.

5 ANDREZZO, Andrea; e LIMA, Iran Siqueira. Mercado financeiro: aspectos históricos e conceituais. São Paulo: Pioneira/PIPECAFI-USP, 1999, p. 7.

6 MOSQUERA, Roberto Quiroga. Tributação no mercado financeiro e de capitais. São Paulo: Dialética, 1998, p. 17.

7 MOSQUERA, Roberto Quiroga. Tributação no mercado financeiro e de capitais. São Paulo: Dialética, 1998, p. 20-21.

8 MOSQUERA, Roberto Quiroga. Tributação no mercado financeiro e de capitais. São Paulo: Dialética, 1998, p. 21-22.

serem suscetíveis de imediata liquidação já que definidos antecipadamente os referenciais de tal liquidação”, como aqueles remunerados por taxas de juros oficiais; e ainda, haverá investimentos remunerados por renda variável, isto é, “o mercado de negociações que remunera [...] em função do bom sucesso do empreendimento onde foi aplicado, de tal forma que empreendimento mal sucedido, além de não remunerar o investidor, pode consumir-lhe o capital investido”, como aqueles remunerados por dividendos<sup>9</sup>.

O mercado financeiro e de capitais conta com a participação de um conjunto de pessoas e entidades que lhes dão estrutura e organicidade, composto por órgãos governamentais, autoridades monetárias e bancárias, pessoas físicas, pessoas jurídicas e entidades de investimento coletiva, e, especialmente, as instituições financeiras. Conquanto a atividade desenvolvida no mercado financeiro e de capitais não se confunda com as próprias instituições, ditas financeiras, previstas no art. 17 da Lei n. 4.595/1964, ambos conceitos estão intrinsecamente interligados, razão pela qual se pode afirmar que “essas entidades são atores que desenvolvem relevante papel nesse mercado que envolve [...] as compras, vendas, trocas, e aplicações de dinheiro”<sup>10</sup>.

A Lei n. 4.595/1964, ao disciplinar o Sistema Financeiro Nacional, dispõe que as instituições financeiras podem ser privadas ou públicas. Assim, enquanto há espaço de livre mercado para atuação de agentes econômicos privados, é significativa a participação de instituições financeiras públicas no setor bancário, notadamente no mercado financeiro e de capitais. Dentre estes, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES é “o principal instrumento de execução da política de investimentos do Governo Federal”<sup>11</sup>, utilizando política de investimento e creditícia para incentivar o desenvolvimento do empresariado brasileiro, diminuir as desigualdades regionais e incentivar as áreas da economia que sofrem com restrições creditícias. Assim, por meio de fundos e inversões diretas, o BNDES possui linhas de financiamentos especiais a médio e longo prazo em diversos setores da economia nacional, como o industrial, agrícola e de serviços.

Tendo desenhado o panorama geral do mercado financeiro e de capitais é possível determinar em que ambiente ocorrem as operações de financiamento realizadas por instituições financeiras privadas com repasse de recursos do BNDES. Rigorosamente, trata-se de operação em que a instituição financeira privada e o BNDES atuam como *intermediários* (ao menos, no sentido econômico e operacional) captando recursos de poupadores e redistribuindo-os a tomadores de empréstimos, no contexto do *mercado*

---

9 BIFANO, Elidie Palma. O mercado financeiro e o imposto sobre a renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 87-88.

10 BIFANO, Elidie Palma. O mercado financeiro e o imposto sobre a renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 109-110.

11 MOSQUERA, Roberto Quiroga. Tributação no mercado financeiro e de capitais. São Paulo: Dialética, 1998, p. 51.

*financeiro*, geralmente em regime de remuneração de *renda fixa com juros subsidiados* em *linhas de crédito especiais*.

Nesse contexto, os Fiscos municipais têm atuado as instituições financeiras privadas que são habilitadas para captar recursos do BNDES por meio de linhas de financiamento especiais, concedendo crédito por meio de financiamentos a tomadores de segmentos econômicos beneficiados, sob o argumento de que os bancos privados intermediários atuariam como *garantidores (por meio de concessão de fiança ou aval)* na relação contratual estabelecida entre BNDES e beneficiário final, enquadrando-os no item 15.08 da Lista Anexa à Lei Complementar n. 116/2003<sup>12</sup>.

A partir de agora, com intuito de infirmar a veracidade da conclusão do Fisco municipal, investigaremos o papel das atividades desenvolvidas no mercado financeiro e de capitais sob a perspectiva *econômica*, utilizando a teoria do fluxo circular de renda e dos diferentes momentos de manifestação de riqueza na economia, e também sob a perspectiva da *delimitação de competências tributárias*, identificando como o legislador constituinte discriminou as manifestações de capacidade contributiva entre os entes federativos a partir da repartição de materialidades.

## 2. FLUXO CIRCULAR DA RENDA E MANIFESTAÇÕES DE RIQUEZA NO MERCADO FINANCEIRO

Compreendido os conceitos e definições que marcam o ambiente de mercado financeiro e de capitais, será determinada qual a sua posição em uma perspectiva econômica, isto é, em que momento os mercados financeiros e de capitais manifestam riqueza. Com isso, será possível compreender, sob as lentes da política fiscal brasileira constitucionalizada, quais incidências tributárias gravam (e porque gravam) as operações/prestações realizadas neste ambiente de mercado, especialmente no que concerne aos impostos objetos deste estudo: o ISS e o IOF.

Em um mercado fechado, a riqueza flui de forma circular entre os agentes econômicos, não havendo diferenças entre produto, dispêndios e renda, afinal, a economia poderia se dar, alternativamente, pela soma de valores adicionados em cada unidade produtiva (ótica do produto), pela soma do valor de todos os bens finais produzidos (ótica do dispêndio) ou pela soma das remunerações pagas a todos os fatores de produção (ótica da renda)<sup>13</sup>.

Neste cenário, haveria apenas a existência de dois agentes de mercado relevantes: empresas e famílias, que, por sua vez, poderiam atuar em dois segmentos de mercado, quais

12 “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.”

13 PAULANI, Leda Maria; e BRAGA, Márcio Bobik. A nova contabilidade social. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16-20.

sejam, sobre bens de consumo e serviços ou sobre recursos produtivos, que poderiam variar em função de necessidades sociais e sua influência sobre o fluxo em cada uma destas unidades produtivas<sup>14</sup>.

Se, de um lado, o incremento do fluxo circular da renda representará maior oferta de bens de consumo (produção), maior demanda de bens de consumo (consumo), maior taxa de emprego e, em última instância, maior renda; de outro, a redução do fluxo circular da renda indicaria justamente o oposto<sup>15</sup>.

Assim, a renda – aqui entendida genericamente como fluxo monetário – é transferida pelas empresas às famílias por meio dos salários, que, por sua vez, possuem duas escolhas: (i) consumir a renda auferida através da aquisição de bens e serviços no mercado de bens de consumo; ou (ii) diferir o ato de consumir e poupar aquela renda para consumo futuro<sup>16</sup>. Poupança, neste caso, pode ser considerada em seu sentido amplo, ou seja, referir-se à aplicação no mercado financeiro e de capitais, ou ainda, à aquisição de bens de capital. Rigorosamente, a renda recebida pelas famílias retorna às empresas por meio do consumo, seja ele imediato, seja ele diferido.

A movimentação de riqueza acima descrita é representada graficamente pelo “Fluxo Circular da Renda”, conforme segue:

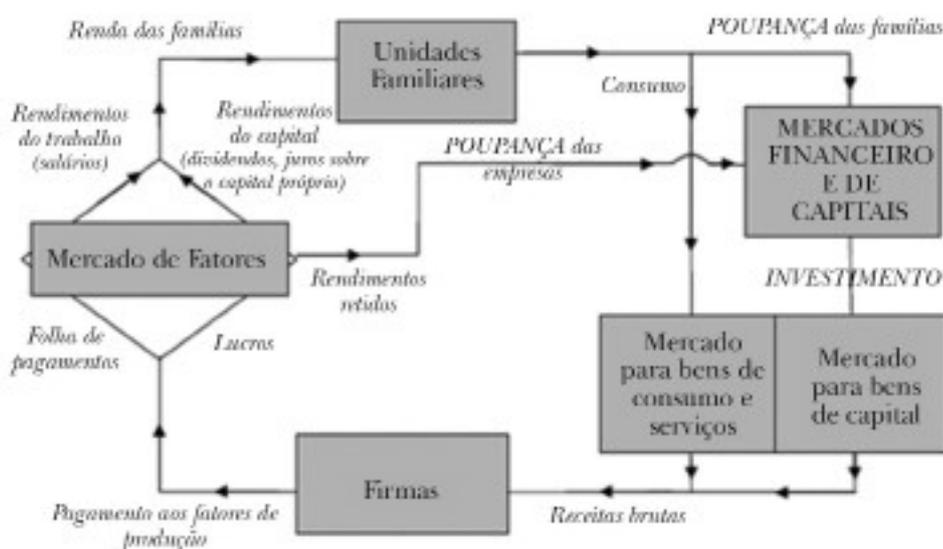


Figura 1 – Fluxo Circular da Renda<sup>17</sup>

14 PASSOS, Carlos Roberto; e NOGAMI, Otto. Princípios de economia. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 34-36.

15 PASSOS, Carlos Roberto; e NOGAMI, Otto. Princípios de economia. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 21.

16 MUSGRAVE, Richard A.; e MUSGRAVE, Peggy B. Finanças públicas: teoria e prática. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1980, p. 190.

17 MUSGRAVE, Richard A.; e MUSGRAVE, Peggy B. Finanças públicas: teorias e prática. Rio de Janeiro: Campos; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1980, p. 190.

Neste sistema econômico hermético, a soma da totalidade da riqueza que flui entre os agentes econômicos de forma circular é representante da própria renda nacional. Em resposta à renda auferida, os agentes econômicos exercem opções entre consumo ou poupança, que, conseqüentemente, estimulam a aceleração do fluxo circular, provocando benefícios econômicos e sociais, mas sobretudo retornando a renda auferida às empresas. É desta forma que, conforme explica Howell H. Zee<sup>18</sup>, a renda nacional deve equivaler à soma do consumo e da poupança. Se assim for, esta mesma renda nacional, por sua vez, é formada pela soma dos salários, juros, lucros, depreciação ou demais rendimentos<sup>19</sup>.

Por intermédio da lógica do fluxo circular da renda, é possível identificar todos os diferentes momentos de manifestação de riqueza econômica que poderiam ser eleitos como fatos passíveis de incidência tributária<sup>20</sup>. Resta evidente que, apesar de serem juridicamente inconfundíveis, são economicamente correspondentes em sua substância, uma vez que são apenas diferentes manifestações da mesma grandeza: renda. Conseqüentemente, embora possa haver tributos economicamente equivalentes, eles juridicamente são distintos<sup>21</sup>.

João Victor Guedes Santos<sup>22</sup> ressalta o papel de relevo do mercado financeiro e de capitais para promoção de circulação de riqueza dentro de uma sociedade, pois a criação de mecanismos eficientes de transferência de capital de agentes que detêm recursos monetários em excesso para os agentes que deles precisam promove a circulação de riquezas e desestimula sua concentração a partir do incentivo ao reinvestimento.

A falta de reconhecimento do potencial estratégico da remuneração nos mercados financeiros e de capitais como fomentador de atividades geradoras de empregos e oportunidades sociais é criticada por Elidie Bifano<sup>23</sup>, para quem o capital de risco movimenta a economia e catalisa o desenvolvimento. Ademais, os recursos aplicados na atividade financeira são imediatamente repassados e investidos em negócios geradores de empregos e multiplicadores de riqueza, resultando em fluxo fechado de aplicação, investimento, remuneração e devolução<sup>24</sup>.

---

18 ZEE, Howell H. Personal income tax reform – concepts, issues, and comparative country developments. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2005/wp0587.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

19 WEBB, Roy H. The national income and product accounts. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/32c9/5b1f3c7d8eb8c699de56a867322f633d495c.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

20 MUSGRAVE, Richard A.; e MUSGRAVE, Peggy B. Finanças públicas: teoria e prática. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1980, p. 190.

21 SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 64.

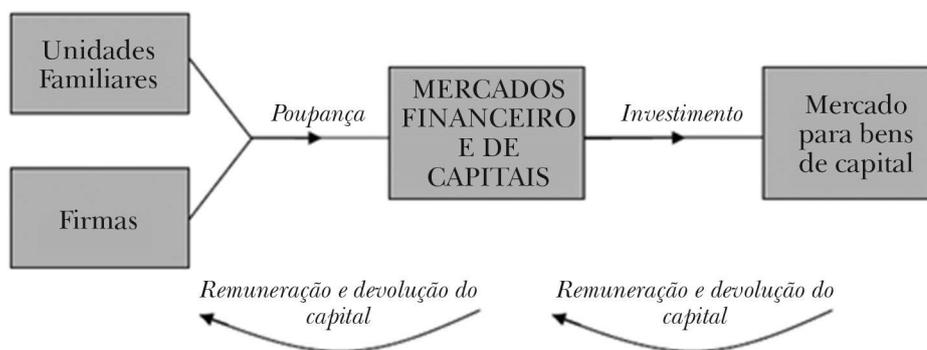
22 SANTOS, João Victor Guedes. Teoria da tributação e tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 49.

23 BIFANO, Elidie Palma. O mercado financeiro e o imposto sobre a renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 213-214.

24 SANTOS, João Victor Guedes. Teoria da tributação e tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais. São Paulo: Quartier

PITMAN, Arthur Leite da Cruz; BRAGA, Rinaldo Leon Gomes Pereira. Conflitos de Competência Tributária entre o ISS e o IOF no Mercado Financeiro: Operações de Financiamento com Repasse de Recursos do BNDES. Revista Direito Tributário Atual, n.42. ano 37. p. 555-583. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2019.

Assim, com enfoque particular nas atividades desempenhadas no mercado financeiro e de capitais, bem como as correspondentes manifestações de riqueza realizadas em sua participação no fluxo circular da renda (especialmente a remuneração financeira e o retorno do capital), haveria o que segue:



**Figura 2 – Participação dos Mercados Financeiros no Fluxo Circular da Renda<sup>25</sup>**

Evidencia-se, pois, a relevância do mercado financeiro e de capitais como ambiente propício à manifestações de riqueza passíveis de incidência tributária, e ainda, que *o mercado financeiro e de capitais não se confunde com o mercado de consumo de bens e serviços, sendo, na perspectiva do fluxo de riquezas, momentos distintos de manifestação de riqueza.*

De outro lado, a Constituição de 1988, ao criar o sistema tributário e fixar regras de incidência tributária, não se contentou com a capacidade meramente econômica para se legitimar a tributação. Pelo contrário, elegeu apenas alguns desses momentos de fluxo de riquezas para servirem de base para a tributação, pois entendeu o legislador constituinte serem fatos signos presuntivos de riqueza.

Para Fernando Aurelio Zilveti, a capacidade contributiva deve ser entendida como princípio constitucional segundo o qual cada pessoa deve contribuir para as despesas estatais na exata proporção da sua capacidade econômica. Vale dizer, os custos públicos devem ser rateados proporcionalmente entre os cidadãos, de modo que essa divisão equitativa das despesas tome em consideração a capacidade individual de suportar o encargo fiscal, separando, com isso, a parcela necessária à sobrevivência digna do cidadão (mínimo existencial) daquela a ser utilizada no custeio dos gastos públicos<sup>26</sup>.

Latin, 2013, p. 49.

25 SANTOS, João Victor Guedes. Teoria da tributação e tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 51.

26 ZILVETI, Fernando Aurelio. Capacidade contributiva e mínimo existencial. In: COSTA, Alcides Jorge et. al. Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética e IBDT, 1998, p. 38-39.

Percebe-se que a capacidade contributiva atua como critério de comparação entre contribuintes, em prol do tratamento isonômico<sup>27</sup>. Daí que os contribuintes somente serão chamados a colaborar para o custeio comum das despesas gerais do Estado na medida em que ele realize fatos qualificados em lei como signos presuntivos de riqueza<sup>28</sup>, os quais geralmente correspondem a um dos momentos de manifestação de riqueza no fluxo circular da renda.

### 3. A DISCRIMINAÇÃO DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Toda interpretação da norma tributária deve, necessariamente, partir do texto constitucional, uma vez que lá encontram-se os limites ao poder de tributar. Como precisamente destaca Hiromi Higuchi: “[d]entro da legislação tributária há hierarquia dos atos conforme a origem. [...] No topo da hierarquia está a Constituição Federal e logo vem a lei complementar. A lei tem a mesma hierarquia do decreto-lei e da medida provisória.”<sup>29</sup>

A opção por uma rígida repartição de competências tributárias acompanhou todos os textos constitucionais desde o surgimento da Federação brasileira<sup>30</sup>. Deste modo, a Constituição Federal outorgou fontes *juridicamente* próprias de receita aos entes políticos, conferindo-lhes poderes decisórios próprios (por intermédio de seus órgãos) e lhes garantindo autonomia<sup>31</sup>.

A estruturação do sistema constitucional tributário foi realizada por intermédio de um trabalho minucioso do legislador constituinte, a partir do qual se atribui a característica da rigidez à discriminação constitucional de competências tributárias, como sempre enfatizou Geraldo Ataliba<sup>32</sup>. Eis porque, “[p]ressupondo-se o caráter constitucional e a plenitude das normas constitucionais de competência, nunca poderão a lei, complementar ou ordinária, atos infralegais ou outros, restringir ou outorgar competência tributária aos entes políticos, sendo matéria de cunho exclusivamente constitucional”<sup>33</sup>.

No Brasil, como em nenhuma outra Constituição, foram delineadas, de forma clara e precisa, as balizas implacáveis que deverão ser observadas por todos, legisladores e

---

27 SCHOULER, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 357.

28 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 534.

29 HIGUCHI, Hiromi. *Imposto de Renda das empresas: interpretação e prática*. 41. ed. São Paulo: IR Publicações, 2016, p. 754.

30 SCHOULER, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 343.

31 ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: RT, 1968, p. 24-25.

32 ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: RT, 1968, p. 22-32.

33 MIGIYAMA, Tatiana Midori. *Serviços gráficos personalizados e o conflito de competência entre o ISS e o IPI – inteligência da Súmula 156 do STJ e sua aplicação às decisões administrativas*. In: HENARES NETO, Halley; e MELO, José Eduardo Soares de (coord.). *ICMS e ISS: tributação digital e novos contornos dos conflitos de competência*. São Paulo: Intelecto, 2018, p. 335.

aplicadores do Direito. É dizer, a Constituição Federal foi bastante cuidadosa em matéria tributária, discriminando, em relação aos impostos, suas materialidades possíveis mediante a enunciação de conceitos, delimitando de forma precisa seus contornos essenciais, como no caso do IOF.

Esse tipo de discrepância, presente no texto constitucional, leva a crer que as competências tributárias impositivas foram divididas de forma a inexisterem sobreposições – inclusive devido à existência de competência tributária de natureza residual, prevista no art. 154, inciso I, da Constituição –, devendo a interpretação das disposições que as veiculam considerar o âmbito de abrangência dos demais signos utilizados nas normas de competência tributária, para que não haja conflito entre elas.

Nada obstante, mesmo naqueles casos, não se infirma a característica da rigidez constitucional, porque inevitavelmente haverá limites para a atividade do legislador infraconstitucional no próprio texto magno. Sobre o assunto, Cléber Giardino é enfático: “os limites das faculdades impositivas de cada qual [pessoas exercentes de poder tributário], assim, só podem estar, rigorosa e definitivamente, dispostos no texto constitucional”<sup>34</sup>.

Essa opção do legislador constituinte por um sistema fechado, com base em regras, e não em dicções principiológicas, implica importantes consequências para a compreensão de nosso sistema jurídico, principalmente em relação aos limites interpretativos das normas constitucionais de competência tributária. Neste sentido, são oportunas as lições de Humberto Ávila:

“O decisivo é que a Constituição Brasileira não permitiu a tributação pelo estabelecimento de princípios, o que deixaria parcialmente aberto o caminho para a tributação de todos e quaisquer fatos condizentes com a promoção dos ideais constitucionais traçados.”<sup>35</sup>

A partir dessa decisão, restringiu-se substancialmente a liberdade do legislador infraconstitucional, que ficou ligado às balizas traçadas já em sede constitucional. Em outras palavras, é na própria Constituição Federal que a competência impositiva dos entes públicos encontra seus limites máximos<sup>36</sup>. De interessante referência se vale Paulo Ayres Barreto para descrever esse fenômeno, identificando, no texto constitucional, uma série de prescrições que conformariam “círculos concêntricos”, que definiriam o último e efetivo limite da tributação, e, a partir deste círculo, formar-se-iam sucessivos círculos concêntricos, em contínuas reduções, até a efetiva definição do espectro possível de

34 GIARDINO, Cléber. ISS – competência municipal. *Revista de Direito Tributário* n. 32. São Paulo: RT, 1985, p. 221.

35 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163.

36 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 524.

atuação do legislador ordinário para instituir a norma geral e abstrata, dentro da qual, inclusive, deve agir a Administração Tributária<sup>37</sup>.

Isso porque a repartição do poder de tributar entre entes federativos por regras constitucionais opera, antes de tudo, como verdadeira limitação ao poder de tributar<sup>38</sup>, tratando-se de verdadeira garantia dos contribuintes oponíveis ao Fisco. Assim, independentemente de qualquer conclusão açodada que se possa expor, fato é que o legislador constituinte incorreu em tarefa árdua na tentativa de reduzir fortemente a vaguidade ou imprecisão dos signos constitucionais, de forma que as convenções linguísticas preexistentes devem ser o ponto de partida da busca das significações constitucionais<sup>39</sup>.

Nesta perspectiva, Andrei Pitten Velloso, sustentando que as dicções constitucionais de delimitação de competência tributária circunscrevem conceitos, afirma que estes podem ser segregados em conceitos recepcionados ou autônomos, no entanto, “as regras de incorporação *prima facie* de conceitos preexistentes, não sendo regras *a priori*, somente são passíveis de superação por robustas razões em contrário consagrando-se, assim, conceitos autônomos”<sup>40</sup>.

Disso decorre a impossibilidade de se pretender ampliar o campo de competência delimitado em âmbito constitucional a partir de prescrições principiológicas ou a partir da finalidade daquelas normas. Deve-se, ao contrário, respeitar a decisão do legislador constituinte ao optar por tratar o assunto mediante regras. Como ensina Frederick Schauer, a partir de sua positivação, a própria regra fornece razões suficientes para as tomadas de decisões de seu aplicador<sup>41</sup>.

Como assinalou Misabel Derzi, em virtude da existência de princípios fundamentais como o federalismo e a rigidez constitucional, não poderia o legislador constituinte ter optado por tipos, estruturas mais abertas e fluídas, devido à incompatibilidade de suas características com aqueles princípios, devendo prevalecer a interpretação a partir de conceitos constitucionais<sup>42</sup>.

---

37 BARRETO, Paulo Ayres. Elisão tributária: limites normativos. Tese apresentada ao concurso a livre-docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro – área de Direito Tributário – da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2008, p. 202.

38 BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

39 BARRETO, Paulo Ayres. Contribuições: delimitação da competência impositivo. In: II Congresso Nacional de Estudos Tributários. Segurança jurídica na tributação e estado de direito. São Paulo: Noeses/IBET, 2005, p. 512-513.

40 VELLOSO, Andrei Pitten. Conceitos e competências tributárias. São Paulo: Dialética, 2005, p. 331.

41 SCHAUER, Frederick. Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Madrid: Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, p. 136.

42 DERZI, Misabel Abreu Machado. Direito tributário, direito penal e tipo. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 137.

Nesse sentido, surge novamente a voz de Paulo Ayres Barreto, que nos adverte:

“Não teria o menor sentido a Constituição ser minudente ao discorrer sobre as competências tributárias, estabelecendo, ainda, uma cláusula de fechamento (artigo 154, I, da CF) para, em seguida, permitir que o legislador infraconstitucional manipulasse a competência da forma que bem lhe aprouvesse.”<sup>43</sup>

Assim, é forçoso concluir que a amplitude do campo de incidência tributária, em qualquer instrumento normativo, deverá ser buscada, inicialmente, na própria Constituição Federal, onde encontrará nos signos utilizados pelo legislador constituinte um conceito fechado, que, por sua vez, atuará como um primeiro e intransponível limite.

#### 4. O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O ISS E O IOF NO MERCADO FINANCEIRO: “PRESTAÇÃO DE SERVIÇO” X “OPERAÇÕES FINANCEIRAS”

A discriminação de competência tributárias, vale ressaltar, foi realizada por intermédio de um trabalho minucioso do constituinte originário, que, delineando sob o ponto de vista do Direito os signos no âmbito das normas de competência constitucional, atribuiu a característica da rigidez ao nosso sistema tributário<sup>44</sup>. Importante é que a Constituição não define apenas as hipóteses de incidência tributária, mas também predetermina o conteúdo material para o exercício da competência<sup>45</sup>.

Assim, deve-se compreender e distinguir o que legislador constituinte pressupôs versar sobre os signos constitucionais do que se convencionou designar de IOF (“imposto sobre operações financeiras”) e do ISS (“imposto sobre a prestação de serviços”). *Aprioristicamente*, ressalte-se que não pode ser atribuído qualquer sentido às expressões utilizadas como delimitação das competências tributárias, mas devem ter o sentido atribuído pelo próprio Direito. Daí que, didaticamente, os arts. 109 e 110 do CTN evidenciam o que pode ser extraído da própria Constituição: assim, *a priori*, o conceito de serviço para fins de Direito Tributário é aquele de Direito Privado.

Em se tratando da apropriação de conceitos e definições para fins de Direito Tributário oriundos de outras disciplinas ou ramos jurídicos *dentro do Direito*, vale lembrar que o Direito tem caráter unitário e sistemático<sup>46</sup>, sendo a sua divisão em ramos autônomos admissível apenas para fins didáticos, o que não impede, nesse sentido, afirmar, com subsídio de José Maria Arruda de Andrade, para quem o Direito Tributário, apesar de

43 BARRETO, Paulo Ayres. Preços de transferência. Revista de Direito Tributário n. 78. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 134.

44 ATALIBA, Geraldo. Sistema constitucional tributário brasileiro. São Paulo: RT, 1968, p. 22-32

45 ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 165.

46 BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e sistema jurídicos. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); e CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). Constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2014. v. I, p. 254.

subsistema do Direito para fins meramente didáticos, “tem aspectos característicos que lhe asseguram natureza ímpar no atual estado da evolução da ciência do direito”<sup>47</sup>. Com isso, embora a ideia de unidade do Direito implique a necessidade de atribuir-lhe coerência e harmonia, não há uma autorização para o livre trânsito entre conceitos e definições de outros subsistemas para o âmbito do Direito Tributário de forma irrefletida.

Porquanto “serviço” ou “operações financeiras” não possam ser qualquer coisa desvinculada da realidade econômica ou social, fato é que o Direito molda os sentidos e as definições próprias. Assim é que Alfredo Augusto Becker<sup>48</sup> sustentava que a norma jurídica “deturpa” ou “deforma” os fatos (econômicos, sociais, reais etc.) ao lapidá-los como fatos jurídicos.

Concordamos, portanto, com Humberto Ávila, ao ensinar que, quando a legislação tributária realiza referência, sem ressalvas, a um termo conceituado no âmbito de outros ramos do Direito, essa menção deve ser tida como conceitual, de forma que a locução utilizada tenha o mesmo sentido, definição e alcance do ramo do Direito que a consagrou<sup>49</sup>. Isto é, quando o legislador tributário não age expressamente e silencia-se, há uma verdadeira recepção do conceito de Direito Privado pelo Direito Tributário. O argumento é ainda mais significativo quando o termo é veiculado em norma constitucional delimitadora de competência tributária, quando, por força da rigidez constitucional, o sentido deve ser delimitado e exclusivo em relação aos demais âmbitos de atuação dos entes federativos<sup>50</sup>.

Não se ignora a força do argumento de posições contrárias: Luís Eduardo Schoueri refuta ser possível adotar uma posição apriorística. O simples fato de o legislador tributário usar terminologia conhecida no Direito Privado, sem qualquer ressalva, não é suficiente para compreender que tal instituto fora referenciado pelo legislador tributário nos exatos termos em que delineado pelo seu ramo de origem. Deste modo, a seu ver, como uma mesma expressão pode ter significados distintos a depender do contexto no qual está inserida, cabe ao intérprete/aplicador, na ausência de mandamento expresso vinculando-o ao Direito Privado, atribuir o significado do conceito ou instituto investigado<sup>51</sup>.

Contudo, diante de posições antagônicas, acreditamos que deve valer a presunção, não absoluta, de incorporação *prima facie* dos conceitos jurídicos preexistentes à época da

---

47 ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: MP, 2006, p. 27.

48 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed., p. 78.

49 ÁVILA, Humberto. *Eficácia do novo Código Civil na legislação tributária*. In: GRUPENMACHER, Betina. *Direito tributário e o novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 65.

50 ÁVILA, Humberto. *Eficácia do novo Código Civil na legislação tributária*. In: GRUPENMACHER, Betina. *Direito tributário e o novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 70.

51 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, p. 827-828.

instituição da Constituição de 1988. Justamente por não ser absoluta, mas sim relativa, não impede a formação de conceitos autônomos<sup>52</sup> que, no entanto, exigiram a adoção de uma nova acepção de sentido ao conceito jurídico por meio de significativas razões em sentido contrário à incorporação dos conceitos historicamente pressupostos<sup>53</sup>.

Quanto à locução “prestação de serviços”, cabe lembrar que a Constituição estabeleceu competir aos Municípios o imposto sobre “serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”, conforme dispõe o art. 156, inciso III, da Constituição. Valendo-se das brilhantes lições de Aires Barreto, pode-se dizer que o conceito de serviço tributável pelos Municípios pode ser definido como *o desempenho de atividade economicamente apreciável, sem subordinação, produtiva de utilidade para outrem, sob o regime de direito privado, com fito de remuneração, não compreendidos na competência de outra esfera de governo*<sup>54</sup>.

Ademais, imprescindível recordar que, conquanto essa definição do conceito seja muito esclarecedora de problemas práticos, pode-se condensá-la em uma definição mais singela, mas amplamente aceita pelo Tribunal Superior – como no julgamento do Recurso Extraordinário n. 116.121-3/SP, em 2001, em que o Supremo Tribunal Federal afirmou que não incide ISS sobre a locação de bens –, qual seja: serviço como *obrigação de fazer*.

O mérito do conceito de “serviço de qualquer natureza” cunhado por Aires Barreto reside no fato de que, a partir dos limites constitucionais (evitar conflito de competência), dos princípios gerais da tributação (legalidade e capacidade contributiva) e do sentido originário de Direito Privado, notadamente no Direito Civil (serviço como obrigação de fazer), evita-se, na maior medida possível, a ocorrência de conflito de competência tributária entre entes federativos, pois se reconhece a rigidez e a supremacia da Constituição.

Caso se queira ver tais atributos da Constituição brasileira preservados, não é possível acolher as teses que buscam o sentido de “serviços de qualquer natureza” nas Ciências Econômicas, definindo-o como “bem imaterial”<sup>55</sup>. Esse posicionamento agravaria o potencial e o efetivo conflito de competência tributária entre entes federativos e retiraria da Constituição sua força normativa.

---

52 VELLOSO, Andrei Pitten. Conceitos e competências tributárias. São Paulo: Dialética, 2005, p. 124-125.

53 VELLOSO, Andrei Pitten. Conceitos e competências tributárias. São Paulo: Dialética, 2005, p. 331-332.

54 BARRETO, Aires F. ISS na Constituição e na lei. Atualizado por Paulo Ayres Barreto. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 88-89.

55 Sobre autores que defendem este posicionamento: MACÊDO, José Alberto Oliveira. Conflitos de competência na tributação do consumo. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013, p. 86-87; MORAES, Bernardo Ribeiro de. Doutrina e prática do Imposto sobre Serviços. São Paulo: RT, 1984, p. 107-108.

Bem verdade que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem caminhado de forma instável sobre o tema: recentemente, no paradigmático voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento do RE n. 651.703/PR – que julgou a constitucionalidade da incidência de ISS sobre administração de planos de saúde e “seguro-saúde” –, se afirmou peremptoriamente que “não há um primado do Direito Privado, pois, sem dúvida, é viável que o Direito Tributário – e primordialmente o Direito Constitucional Tributário – adota conceitos próprios. A possibilidade de o Direito Tributário elaborar conceitos específicos decorre, em última análise, do fato de ser Direito Positivo.” Desse modo, o Ministro Luiz Fux, cujo voto se sagrou vencedor, afirmou que não haveria uma correlação necessária entre os conceitos constitucionais utilizados na discriminação de competências tributárias e os institutos de Direito Privado.

Não obstante, devemos ressaltar que a decisão é bastante criticável quanto aos seus fundamentos e suas conclusões, não sendo possível afirmar que a posição consagrada nos Tribunais Superiores tenha sido alterada após este precedente, pois além da decisão final não ter sido unânime entre os Ministros do STF, muitos destes alcançaram as mesmas conclusões do voto do Relator, no entanto, apropriando-se do conceito de serviço como “obrigação de fazer” (especialmente nos votos dos Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski), conforme os precedentes já consagrados pela jurisprudência majoritária<sup>56</sup>.

Quanto às “operações financeiras”, deve-se lembrar que o art. 153, inciso V, da Constituição de 1988 atribuiu à União a competência para instituir o imposto sobre operações de crédito, de câmbio, de seguro e relativas a títulos ou valores mobiliários. Em verdade, este conjunto de fatores, passíveis de tributação pela União é equivocadamente conhecido como Imposto sobre Operações Financeiras ou IOF. Roberto Quiroga Mosquera critica a prática e afirma que “a expressão ‘operações financeiras’ é vaga, pois contempla operações financeiras que não são atingidas pelos impostos referidos, é ela restritiva, pois os impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários podem incidir, também, sobre operações não financeiras”<sup>57</sup>.

Assim, as locuções “de crédito”, “de câmbio”, “de seguro” e “relativas a títulos ou valores mobiliários” referem-se ao termo “operações” para indicar qualidade especial, razão pela qual “operação” é o gênero que comportar as espécies supramencionadas, passíveis de tributação no exercício da competência tributária prevista no art. 153, V, da Carta Magna<sup>58</sup>.

De imediato, o próprio gênero “operação” já indica importantes indícios das materialidades tributáveis pelo IOF: embora versando sobre o ICM (atual ICMS), Geraldo Ataliba e Cléber

---

56 BARRETO, Aires F. ISS na Constituição e na lei. Atualizado por Paulo Ayres Barreto. 4. Ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 90-102.

57 MOSQUERA, Roberto Quiroga. Tributação no mercado financeiro e de capitais. São Paulo: Dialética, 1998, p. 104.

58 MOSQUERA, Roberto Quiroga. Tributação no mercado financeiro e de capitais. São Paulo: Dialética, 1998, p. 93.

Giardino ensinavam que “operações” representavam atos jurídicos, ou seja, atos regulados pelo Direito, que possuem natureza negocial e produzem efeitos jurídicos<sup>59</sup>. A mesma lição pode ser aplicada ao IOF, como ensinam Gilberto Ulhôa Canto e Aloysio Meirelles Miranda Filho, que consignaram o seguinte:

“Como consta do trecho do primeiro relatório da Comissão Especial que elaborou o anteprojeto de que resultou a Emenda nº 18/65 [...] o I.O.F. foi concebido como um imposto sobre a produção e circulação, cuja receita se destinaria a formar reserva monetária. Tratava-se, portanto, de um *tributo sobre negócios jurídicos*, com a característica de gravar certas modalidades de operações de cunho financeiro (crédito, seguro, câmbio e operações com títulos e valores mobiliários), e não uma categoria mais ampla de negócios jurídicos como, por exemplo, ocorria com o imposto sobre atos regulados por lei federal (vulgarmente conhecido como ‘imposto sobre selo’, parecido, de certo modo, com o ‘registro’ italiano), que vigorava no sistema constitucional anterior ao introduzido pela referida Emenda nº 18/65.”<sup>60</sup>

Daí a distinção entre operações e prestações ser extraível da própria interpretação sistemática da Constituição, onde vem reiteradamente demarcada em diversas passagens: exemplificativamente, o art. 155, § 2º, da Constituição, evidencia a diferença ao consignar que as materialidades tributadas pelo ICMS abrangem tanto (i) *operações* relativas à circulação de mercadorias quanto (ii) *prestações* de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Fossem idênticas, não haveria sequer necessidade de demarcar materialidades com diferentes locuções<sup>61</sup>.

Por sua vez, o CTN especifica o conteúdo da norma de competência tributária circunscrita na Constituição de 1988, desenhando os traços da norma de incidência tributária. Dentre as espécies possíveis contidas no gênero da materialidade do IOF, o art. 63, inciso I, do CTN trata do imposto incidente sobre *operações de crédito*, nos seguintes termos:

“Art. 63. O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato gerador:

I – quanto às *operações de crédito*, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado;

59 ATALIBA, Geraldo; e GIARDINO, Cléber. Núcleo da definição constitucional do ICM. Revista de Direito Tributário n. 25/26. São Paulo: RT, 1983, p. 104.

60 CANTO, Gilberto Ulhôa; e MIRANDA FILHO, Aloysio Meirelles. O I.O.F. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Caderno de Pesquisas Tributárias n. 16. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1991, p. 28.

61 BARRETO, Aires F. ISS, IOF e instituições financeiras. São Paulo: Noeses, 2016, p. 15.

[...]"

Segundo José Xavier Carvalho de Mendonça, as operações de crédito envolvem a ideia de *confiança*, porque implicam a existência de *lapsus temporalis* entre a entrega de determinado valor (termo inicial) e o momento correspondente à devolução da importância, com acréscimos remuneratórios estabelecidos em contrato (termo final)<sup>62</sup>. Em linha semelhante, Arnaldo Rizzardo consigna que o crédito é “uma operação monetária em que deve estar presente a confiança do credor de que o devedor é solvente e a presença de um intervalo de tempo entre a prestação e a contraprestação”<sup>63</sup>, asseverando que se trata de contrato bancário típico.

Em rigor, estas operações corresponderiam “aos negócios jurídicos por meio dos quais uma pessoa realiza uma prestação presente (entrega de dinheiro), contra a promessa do recebimento de uma prestação futura, que consiste na devolução da quantia recebida, com os acréscimos pactuados entre as partes”<sup>64</sup>.

Ademais, ao contrário de outros tipos de operações e/ou prestações, a operação de crédito implica, ao fim e ao cabo, a entrega de dinheiro a outrem, com *assunção de riscos (alea)* de inadimplemento, ou seja, típica *obrigação de dar*.

Em relação à natureza da obrigação, afirma-se que a Constituição de 1988 não segregou os serviços tributáveis entre Municípios (por meio do ISS), Estados (por meio do “S” do ICMS) e União (por meio do IOF). Na verdade, os serviços tributáveis são incluídos no âmbito de abrangência do ISS, quando se tratar de “serviços de qualquer natureza”, e ICMS, quando se tratar de serviço de transporte intermunicipal e interestadual ou serviço de comunicação. O âmbito de abrangência do IOF abarca operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários que, por conta do gênero “operações” implica negócios jurídicos bilaterais caracterizados pela obrigação de dar, e não “serviços financeiros”, o que, por si só, decorre de descrição equivocada do conceito constitucional delimitado no IOF.

Não se está dizendo que instituições financeiras não podem prestar serviços tributáveis pelo ISS. Ocorre que, em regra, esses serviços são prestados no âmbito da atividade financeira como *atividade-meio* de operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários, estas sim *atividade-fim* dos bancos que atuam no mercado financeiro e de capitais. Qualquer atividade pode se constituir como meio ou fim, dependendo do contexto em que é realizada. Não obstante, se alguma atividade humana

62 MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Tratado de direito comercial brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. v. 5, p. 51.

63 RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de crédito bancário. São Paulo: RT, 1997, p. 19.

64 SANTOS, Ramon Tomazela. A autonomia do direito tributário e os conceitos de direito privado: a incidência do IOF/crédito sobre os contratos de mútuo de recursos financeiros. Revista Dialética de Direito Tributário n. 224. São Paulo: Dialética, p. 133.

se constitui como medida condicionante, preparatória ou preliminar a um fim, apenas este último é tributável, em conformidade com a materialidade que revela perante a discriminação de competências tributárias da Constituição de 1988, mas não aqueles outros meios manifestados<sup>65</sup>.

De outro modo, com relação à assunção de riscos (álea), os contratos onerosos podem ser *comutativos* ou *aleatórios*. As lições de Washington de Barros Monteiro demonstram que “comutativo é o contrato em que cada uma das partes, além de receber da outra prestação equivalente à sua, pode apreciar imediatamente essa equivalência”, enquanto que “o contrato aleatório é aquele em que as prestações de uma ou de ambas as partes são incertas, porque a sua quantidade ou extensão está na dependência de um fato futuro ou imprevisível (álea) e pode redundar em uma perda, em vez de lucro”<sup>66</sup>.

A comutatividade é característica comum aos contratos de prestação de serviço: enquanto o prestador do serviço oferece seu esforço na realização de uma obrigação de fazer ao qual atribui um valor, o tomador, que acredita que outro valor deve remunerar tal esforço, consente com o primeiro na estipulação de um preço – que é o encontro de vontades e expectativas de valor do tomador e prestador – justo e equivalente ao esforço humano investido. Não se pode falar o mesmo dos contratos aleatórios/de risco, onde aquele que realiza a operação não pode esperar contraprestação correspondente, pois o desenvolvimento da relação contratual aleatória está sujeito a condições incertas e futuras, que podem influenciar em adimplemento mais ou menos satisfatório da perspectiva econômica.

É preciso ressaltar: conquanto a *comutatividade* seja comum nas prestações de serviço, a *álea* é *possível* nas operações financeiras. Nem todas as operações financeiras implicam contraprestação aleatória, não obstante, este pode ser um indicativo importante da natureza da prestação/operação em questão.

Ademais, é preciso lembrar que a instituição do IOF pela União – que detém a competência privativa para legislar sobre política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores, de acordo com o art. 22, inciso VII, da Constituição de 1988 – decorre de prerrogativa deste ente federativo também por meio do uso do imposto por meio de seu caráter indutivo. Hugo de Brito Machado afirma que o IOF “é muito mais um instrumento de manipulação da política de crédito, câmbio e seguro, assim como de títulos e valores mobiliários, do que um simples meio de obtenção de receitas”<sup>67</sup>.

---

65 BARRETO, Aires F. ISS, IOF e instituições financeiras. São Paulo: Noeses, 2016, p. 32-34.

66 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil – direito das obrigações. 1ª Parte. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 30.

67 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 335.

Nesse sentido, apesar da Reforma Tributária de 1965 (Emenda Constitucional n. 18/1965) ter reduzido a vinculação das normas tributárias aos negócios jurídicos típicos (fatos geradores estruturais ou jurídicos), aumentando a incidência tributária sobre seus efeitos econômicos (fatos geradores funcionais ou econômicos), e ainda que esse pudesse ter sido o caso do IOF, que é uma evolução do imposto sobre selo, até então exigidos em documentos e papéis que comprovam realização de atos e negócios jurídicos, o legislador optou por utilizar negócios jurídicos típicos (como, por exemplo, o contrato de mútuo bancário) como hipótese normativa do Imposto sobre Operações de Crédito, evitando maior grau de insegurança jurídica. Assim que o legislador infraconstitucional optou por delimitar de forma restrita o âmbito de operações financeiras que deveriam ser influenciadas por meio da norma tributária de viés indutor<sup>68-69</sup>.

Diante do exposto, pode-se fixar algumas premissas que indicariam que o âmbito de incidência do ISS e do IOF são inconfundíveis e exclusivos, não podendo gerar efetivo conflito de competência tributária por pretensa incidência sobre mesma atividade: (i) as “operações financeiras” consistem em *obrigações de dar* importâncias em dinheiro, enquanto a prestação de “serviços de qualquer natureza” circunscreve *obrigação de fazer*; (ii) geralmente, as prestações de serviço decorrem de relações *comutativas*, enquanto as “operações financeiras” costumam ser *aleatórias*; (iii) as atividades tributáveis desenvolvidas não devem ser qualificadas como *meio* ou *fim* aprioristicamente, devendo ser considerado o *contexto da prestação/operação praticada*. Assim, enquanto em alguns casos uma prestação de serviço pode ser *atividade-fim* tributável pelo ISS, em outros casos a mesma prestação de serviço poderá vir a ser considerada *atividade-meio*, isto é, *medida preparatória, preliminar ou condicionante* à realização da *atividade-fim*, a qual pode ser tributada pelo IOF, por exemplo; (iii) é possível que, porquanto alguma atividade seja indicada pelo legislador ordinário como tributável pelo IOF ou ISS, esta esteja *superando os limites dos conceitos constitucionais delimitados na discriminação de competências tributárias*, sendo, portanto, inconstitucional.

## 5. OPERAÇÕES DE FINANCIAMENTO COM RECURSOS REPASSADOS PELO BNDES: SERVIÇO OU OPERAÇÃO DE CRÉDITO?

O potencial conflito de competência tributária existente entre o ISS e o IOF gera significativo contencioso administrativo e judicial perante as instituições financeiras

68 SANTOS, Ramon Tomazela. A autonomia do direito tributário e os conceitos de direito privado: a incidência do IOF/crédito sobre os contratos de mútuo de recursos financeiros. Revista Dialética de Direito Tributário n. 224. São Paulo: Dialética, p. 140.

69 Apesar de o art. 13 da Lei n. 9.779/1999 dispor que o IOF sobre operações de crédito incide sobre operações realizadas fora do mercado financeiro – isto é, entre operações de crédito realizadas entre pessoas jurídicas não financeiras, entendemos que o próprio caráter indutor do IOF levaria a crer que se trata de um imposto regulatório sobre operações realizadas dentro do mercado financeiro. Tanto é assim que a incidência de IOF-crédito sobre os contratos de mútuo celebrados entre pessoas jurídicas não financeiras teve sua repercussão geral reconhecida pelo STF no RE n. 590.186 (Tema 104 da Repercussão Geral), no qual será examinada a constitucionalidade do art. 13 da Lei n. 9.779/1999. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo; e GUIMARÃES, Camilla Cavalcanti Varella. IOF e as operações de mútuo. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Grandes questões atuais do direito tributário. São Paulo: Dialética, 1999, p. 207-222.

privadas que disponibilizam linhas de crédito diferenciadas a partir de repasses de recursos de entidades financeiras públicas.

Neste contexto, os Fiscos municipais têm autuado instituições financeiras sob a acusação de não recolher o ISS incidente sobre receitas referentes a comissão de garantia (aval, fiança etc.) auferidas por repasses de recursos do financiamento especiais com créditos subsidiados concedidos por entidades do “ Sistema BNDES” (como, por exemplo, a Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP, a Agência Especial de Financiamento Industrial – FINAME e o BNDES Automático), em relação a assunção da posição de garantidor em contratos de mútuo bancário realizados com os beneficiários finais dos financiamentos. Assim, as autoridades administrativas têm enquadrado a conduta dos contribuintes genericamente no item 15.08 da Lista Anexa à Lei Complementar n. 116/2003<sup>70</sup>.

Sob essa perspectiva, as autoridades fiscais municipais afirmam que o beneficiário final do financiamento estabelecerá uma relação contratual direta com o BNDES e, por exigência deste, uma instituição financeira privada atuará como garantidora do crédito nos casos de inadimplemento contratual, por força de cláusula que estabelecesse responsabilidade solidária ou subsidiária.

Dessa forma, uma vez que a “contratação de aval, fiança, anuência e congêneres” foi incluída na Lista Anexa à Lei Complementar n. 116/2003, os Municípios estariam autorizados a editar leis ordinárias e cobrar ISS sobre a prestação de tais serviços, inclusive dos bancos privados que atuarem na condição de garantidores em contratos de financiamento realizados entre BNDES e seus respectivos beneficiários.

Ocorre, no entanto, que este raciocínio subverte toda a regulamentação deste tipo de prática financeira, bem como resulta em invasão indevida da competência tributária da União, uma vez que esta operação sequer poderia ser tributada pelo ISS, seja porque a “contratação de aval, fiança, anuência e congêneres” não se compatibiliza com o conceito constitucional de serviço tributário, ou ainda, porque a instituição financeira privada intermediária não assume posição de garantidor, mas realiza verdadeira operação de crédito no mercado financeiro a partir da captação de recursos perante o BNDES.

Vale ressaltar que as operações realizadas no mercado financeiro e de capitais por instituições financeiras públicas, como é o caso do BNDES, são extremamente reguladas, seja pela própria entidade ou pelos órgãos regulatórios do setor bancário (como a CVM e o BACEN). Em relação aos contratos firmados pelo BNDES, as Resoluções BNDES n. 665/1987 e n. 660/1987 dispõem todas as normas e procedimentos aplicáveis a todos os contratos

---

70 “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 à abertura de crédito, para quaisquer fins.”

firmados pelo BNDES, inclusive quanto às cláusulas aplicáveis aos diferentes tipos de disposições contratuais.

O art. 52 da Resolução BNDES n. 665/1987 disciplina os chamados “Contratos de Repasse”, pelo qual o BNDES repassa às instituições financeiras privadas recursos financeiros vinculados às linhas de crédito especial, com juros subsidiados e condições favorecidas, direcionadas a segmentos econômicos prioritários, como o industrial, o agrícola e a prestação de serviços. A utilização de instituições financeiras privadas como intermediárias é decorrência da política de investimentos do BNDES que, ao adotar tal postura, se resguarda do eventual inadimplemento dos tomadores dos empréstimos, afinal, a solvência e capacidade de liquidez da instituições bancária privada intermediária garante ao BNDES relativa estabilidade financeira, enquanto que o banco intermediário deverá exigir a solvência do beneficiário final do crédito.

Ocorre, no entanto, que o art. 52, inciso I, da Resolução<sup>71</sup> dispõe que os contratos firmados entre BNDES e as instituições financeiras privadas intermediárias implicariam a assunção destas na condição de garantidores da solvência do contrato de mútuo prestado com o beneficiário final, pois introduz uma cláusula *del credere* no teor do contrato.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, a cláusula *del credere* “converte o comissário em garante solidário do comitente nos negócios que concluir com terceiros, embora parte da doutrina defina que a obrigação do comissário é principal”. E ainda arremata dizendo que “[n]ão se trata de aval ou fiança, mas de garantia decorrente de acordo de vontades, autorizada por lei”<sup>72</sup>.

Assim, os Contratos de Repasse, conquanto sejam objeto de intensa regulamentação e controle por parte do BNDES – nesse caso, especialmente pelos requisitos exigidos pelo art. 52 da Resolução BNDES n. 665/1987 –, não desfazem a principal característica da cláusula *del credere*: esta decorre de acordo de vontades das partes contratantes. Quer-se dizer, portanto, que existe um negócio jurídico independente – e com características próprias – entre o BNDES e o beneficiário final do financiamento, que prevê a cláusula *del credere* tão somente por motivos de regulação e controle da participação estatal no mercado de crédito, devendo o beneficiário do financiamento anuir com os termos do contrato, ainda que por adesão. O reconhecimento do fato não implica, no entanto, reconhecer a cláusula *del credere* como elemento essencial ou indispensável à realização da operação de crédito.

Note-se, portanto, que, além de não ser possível afirmar peremptoriamente que a adesão à cláusula *del credere* implica o reconhecimento de aval ou fiança, bem verdade é que a

71 “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;”

72 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 359.

presença expressa da cláusula no contrato firmado entre a instituição financeira intermediária e o beneficiário final não determina a natureza jurídica da operação, afinal, sua presença é determinada por normas regulatórias emitidas pelo próprio BNDES, no exercício de sua função política de fomento ao mercado de crédito, não sendo imprescindível à realização do negócio jurídico.

Nesse diapasão, o fato de tal cláusula poder ter relevância para fins de responsabilidade pelo inadimplemento contratual não implica qualquer conclusão quanto ao âmbito de incidência tributária. Na verdade, a instituição financeira privada que atua como intermediária não assume a posição de garantidor, no sentido de garantir determinado contrato com beneficiário final específico, mas atua apenas como repassador e pagador de crédito concedido pelo BNDES, praticando uma mera operação de crédito, por sua própria conta e ordem, na qual esta assume integralmente os riscos da insolvência do credor, já que, em relação ao BNDES, o risco é limitado à remota possibilidade de inadimplemento da própria instituição financeira intermediária.

Trata-se, portanto, de típica atividade do mercado financeiro: o intermediário (a instituição financeira privada) capta recursos disponíveis com poupadores (BNDES) e os disponibiliza aos potenciais tomadores (beneficiários das linhas de financiamento especiais), mediante o pagamento de remuneração em juros (*spread*).

Nessa estrutura, o banco privado intermediário se sujeita ao risco (álea) da operação, pois além de assumir a obrigação de remunerar o BNDES nos juros pactuados, também se sujeita ao risco de inadimplemento dos beneficiários finais do financiamento que, conforme dito, oferecem ao banco intermediário os prejuízos decorrentes do risco de insolvência em patamar bem mais significativo do que este último em relação ao BNDES. Inclusive, foi esta a razão subjacente que fez com que o BNDES não estruturasse sua política de investimentos via crédito subsidiado de forma direta, mas por intermédio de bancos privados.

Não à toa, é minucioso o procedimento descrito nas Resoluções BNDES n. 665/1987 e n. 660/1987 para concretização de contratos de repasses de recursos financeiros entre BNDES e instituições financeiras privadas: (i) inicialmente, se efetiva a assinatura do Contrato de Abertura de Crédito entre BNDES e a instituição financeira privada, que se sujeita a todas as regras gerais aplicáveis aos contratos firmados com o órgão público; (ii) mediante a assinatura de contrato específico, circulares e outros normativos, o BNDES firma contrato específico com o banco privado, determinando as linhas de financiamento aplicáveis, empresas beneficiárias, itens financiáveis, condições de financiamento, incluindo a remuneração básica do BNDES, prazos, encargos moratórios em caso de inadimplemento, entre outros; (iii) as instituições financeiras privadas se sujeitaram a avaliações periódicas de suas estratégias de captação de clientes por auditores designados pelo BNDES, a partir

da resposta de questionários; (iv) após a classificação de crédito e avaliação das respostas ao questionário de auditoria, o BNDES estabelece os limites de créditos para cada instituição financeira privada credenciada, assim como as linhas de financiamento autorizadas; (v) após a submissão, avaliação e aprovação do projeto (investimento em ativo imobilizado, plantas industriais, P&D etc.) do beneficiário final, potencial tomador de crédito subsidiado, este assinará cédula de crédito bancário contendo as condições impostas pelo BNDES, perante a instituição financeira intermediária; (vi) enfim, o BNDES repassa recursos financeiros à instituição financeira intermediária e esta, por sua vez, autoriza a concessão do crédito ao beneficiário final, que irá realizar os pagamentos em contraprestação diretamente ao banco privado e, por conseguinte, este pagará ao BNDES, independentemente do inadimplemento de qualquer das partes envolvidas.

Ademais, a remuneração dos contratos firmados com o BNDES é regulamentada de forma a considerar os juros típicos de operações de crédito bancário. Segundo o item 9 da Circular BNDES n. 33, de 2011, o custo total do financiamento, denominado “taxa de juros”, é composto da soma das seguintes rubricas: (i) o custo financeiro, determinado pelo índice correspondente aos juros incidentes sobre o valor financiado; (ii) a remuneração do BNDES, decorrente da atividade operacional da instituição financeira pública, definida em conformidade com a linha de financiamento; (iii) taxa de intermediação financeira, que é um percentual fixo estabelecido pelo BNDES e que reflete o risco sistêmico das instituições financeiras credenciadas (grau de incerteza existente no sistema resultante de variações no nível de risco de crédito + taxa de juros + câmbio); (iv) remuneração da instituição financeira privada intermediária, definida pela diferença entre o custo da captação e o valor cobrado no repasse (*spread*), devendo refletir o risco de crédito assumido pelo banco intermediário, estando no âmbito de discricionariedade comercial deste último.

Por mais que seja expressamente estipulada a cláusula *del credere* no contrato firmado, fato é que o banco privado intermediário não se desobriga ao pagamento da contraprestação pelos recursos repassados pelo BNDES, independentemente da solvência do beneficiário final do financiamento. Por mais que a regulamentação do BNDES determine a pactuação da cláusula, os contratos firmados com os bancos privados demonstram que há uma relação contratual direta entre BNDES e banco intermediário e outra contratação entre o banco intermediário e o beneficiário final. Trata-se, portanto, de *duas operações de crédito independentes*<sup>73</sup>.

Assim, existem algumas razões pelas quais não se pode sustentar que a concessão de financiamento por meio do repasse de recursos do BNDES poderia ser tributada pelo ISS: (a) as Resoluções BNDES n. 665/1987 e n. 660/1987 disciplinam contratos com o BNDES cujo objeto é a *colaboração financeira reembolsável ou não reembolsável ao sistema BNDES*,

73 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 359.

isto é, trata-se de verdadeira *obrigação de dar* recursos financeiros, seja do BNDES ao banco privado intermediário, seja do banco privado intermediário até o beneficiário final; (b) a lei complementar ultrapassou os limites do conceito constitucional de serviço tributário quando incluiu as prestações de garantia, nas quais não há obrigação de fazer, mas sim obrigação de dar, na Lista Anexa à Lei Complementar n. 116/2003<sup>74</sup>; (c) superada a questão anterior, sequer haveria de se falar em efetiva prestação de garantia, porquanto esta é *mera atividade-meio condicionante* em relação à operação de crédito que, de fato, é a *atividade-fim*.

Não obstante estes argumentos devessem ter sido considerados, a jurisprudência tem indicado em sentido semelhante e confirma que as operações de financiamento concedidos com recursos repassados pelo BNDES não são tributadas pelo ISS, porquanto sejam típicas operações financeiras, como se vê:

“[...] tributação das rendas referidas como rendas de financiamentos – FINAME/BNDES devem ser excluídas, por se tratar de operação e comissão sobre o financiamento de dívidas do setor público, em que a autora atua como agente financeiro e assume os riscos da contratação”<sup>75</sup>.

Em caso semelhante<sup>76</sup>, o Desembargador-Relator Henrique Harris Júnior, ao apreciar o conteúdo de perícia técnica realizada nos contratos firmados entre BNDES e instituição financeira privada autuada, ressaltou que o perito afirmou que “o banco não é garantidor da operação, a única garantia na operação é apresentada pelo cliente ao autor. A instituição, independentemente do cliente, efetua os pagamentos referentes ao empréstimo concedido, sendo o agente com a obrigação de adimplir a dívida com o BNDES, mesmo que o cliente esteja inadimplente, o que não se confunde com uma garantia real [...]”.

Deste modo, existem diversos fundamentos para entender que a concessão de financiamentos por meio de recursos repassados pelo BNDES são *típicas operações de crédito*, tributáveis pelo IOF, e não se subsomem ao conceito de serviço tributável, não estando abrangidos na competência tributária dos Municípios, como bem indica a doutrina e a jurisprudência citadas.

## CONCLUSÃO

No presente artigo, pretendeu-se analisar criticamente o conflito de competência tributária existente entre ISS (art. 156, inciso III, da CF) e IOF (art. 153, inciso V, da CF) no

---

74 BARRETO, Aires F. ISS, IOF e instituições financeiras. São Paulo: Noeses, 2016, p. 32-34.

75 TJSP, Apelação Cível n. 0000735-48.2008.8.26.0650, Rel. Octavio Machado de Barros, 14ª Câmara de Direito Público, Foro de Valinhos – SEF – Setor de Execuções Fiscais, j. 22.06.2017, data de registro: 28.06.2017.

76 TJSP, Apelação Cível n. 1023976-98.2016.8.26.0053, Rel. Henrique Harris Júnior, 14ª Câmara de Direito Público, Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes, 6ª Vara de Fazenda Pública, j. 09.05.2019; data de registro: 17.05.2019.

mercado financeiro e de capitais, investigando as concessões de financiamento com recursos repassados do BNDES, a partir de premissas econômicas, jurídicas e regulatórias.

A partir de uma análise conceitual da definição de mercado financeiro e de capitais, determinamos que as operações de concessões de financiamento com recursos repassados do BNDES são realizadas no âmbito do *mercado financeiro*, pois implicam a atuação de instituição financeira do segmento bancário como *intermediária* entre poupadores e aqueles que demandam recursos financeiros.

Por outro lado, a partir da perspectiva econômica, identificamos que as manifestações de riqueza exteriorizadas nas atividades do mercado financeiro e de capitais ocorrem em momentos distintos em comparação ao mercado de bens e consumos, a partir da teoria do fluxo circular da renda.

A discriminação de competências tributárias realizada na Constituição de 1988, atenta às diferentes manifestações de riqueza e signos presuntivos de riqueza, segregou de forma rígida e exclusiva as materialidades passíveis de tributação entre os entes federativos, de forma que o imposto sobre “operações financeiras” foi atribuído à União e o imposto sobre “serviços de qualquer natureza” foi dado aos Municípios.

No tocante ao potencial conflito de competência tributária existente entre o IOF e ISS, a delimitação de conceitos constitucionais como forma de delimitação de competência tributária e a atribuição apriorística de sentidos de Direito Privado denotam que existem atributos para concluir que tais materialidades são inconfundíveis, razão pela qual a mesma operação não poderá sofrer incidência de ambos.

Assim, ao analisar os aspectos regulatórios e contratuais dos repasses de recursos financeiros do BNDES para instituições financeiras privadas na instituição de linhas de crédito especiais, nota-se que se trata de *típica operação financeira*, tributada pelo IOF, de acordo com as lições doutrinárias e jurisprudenciais.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: MP, 2006.

ANDREZZO, Andrea; e LIMA, Iran Siqueira. *Mercado financeiro: aspectos históricos e conceituais*. São Paulo: Pioneira/FIPECAFI-USP, 1999.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: RT, 1968.

\_\_\_\_\_; e GIARDINO, Cléber. Núcleo da definição constitucional do ICM. *Revista de Direito Tributário* n. 25/26. São Paulo: RT, 1983.

ÁVILA, Humberto. Eficácia do novo Código Civil na legislação tributária. In: GRUPENMACHER, Betina. *Direito tributário e o novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

\_\_\_\_\_. *Sistema constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na lei*. Atualizado por Paulo Ayres Barreto. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2018.

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

BARRETO, Paulo Ayres. Contribuições: delimitação da competência impositiva. *II Congresso Nacional de Estudos Tributários. Segurança jurídica na tributação e estado de direito*. São Paulo: Noeses/IBET, 2005.

\_\_\_\_\_. *Elisão tributária: limites normativos*. Tese apresentada ao concurso a livre-docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro – área de Direito Tributário – da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2008.

\_\_\_\_\_. Ordenamento e sistema jurídicos. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); e CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014. v. I.

\_\_\_\_\_. Preços de transferência. *Revista de Direito Tributário* n. 78. São Paulo: Malheiros, 1999.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.

BIFANO, Elidie Palma. *O mercado financeiro e o imposto sobre a renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CANTO, Gilberto Ulhôa; e MIRANDA FILHO, Aloysio Meirelles. O I.O.F. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Caderno de Pesquisas Tributárias* n. 16. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1991.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

GIARDINO, Cléber. ISS – competência municipal. *Revista de Direito Tributário* n. 32. São Paulo: RT, 1985.

MACÊDO, José Alberto Oliveira. *Conflitos de competência na tributação do consumo*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. v. 5.

MIGIYAMA, Tatiana Midori. Serviços gráficos personalizados e o conflito de competência entre o ISS e o IPI – inteligência da Súmula 156 do STJ e sua aplicação às decisões administrativas. In: HENARES NETO, Halley; e MELO, José Eduardo Soares de (coord.). *ICMS e ISS: tributação digital e novos contornos dos conflitos de competência*. São Paulo: Intelecto, 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – direito das obrigações*. 1ª Parte. São Paulo: Saraiva, 1967.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e prática do Imposto sobre Serviços*. São Paulo: RT, 1984.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Direito monetário e tributação da moeda*. São Paulo: Dialética, 2006.

\_\_\_\_\_. *Tributação no mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1998.

MUSGRAVE, Richard A.; e MUSGRAVE, Peggy B. *Finanças públicas: teoria e prática*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1980.

PASSOS, Carlos Roberto; e NOGAMI, Otto. *Princípios de economia*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

PAULANI, Leda Maria; e BRAGA, Márcio Bobik. *A nova contabilidade social*. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. São Paulo: RT, 1997.

SADDI, Jairo Sampaio. *O poder e o cofre: repensando o Banco Central*. São Paulo: Textonovo, 1997.

SANTOS, João Victor Guedes. *Teoria da tributação e tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SANTOS, Ramon Tomazela. A autonomia do direito tributário e os conceitos de direito privado: a incidência do IOF/crédito sobre os contratos de mútuo de recursos financeiros. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 224. São Paulo: Dialética.

SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego*: um examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Madrid: Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

\_\_\_\_\_. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_; e GUIMARÃES, Camilla Cavalcanti Varella. IOF e as operações de mútuo. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.

VELLOSO, Andrei Pitten. *Conceitos e competências tributárias*. São Paulo: Dialética, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WEBB, Roy H. *The national income and product accounts*. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/32c9/5b1f3c7d8eb8c699de56a867322f633d495c.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

ZEE, Howell H. *Personal income tax reform – concepts, issues, and comparative country developments*. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2005/wp0587.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

ZILVETI, Fernando Aurelio. Capacidade contributiva e mínimo existencial. In: COSTA, Alcides Jorge et. al. *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética e IBDT, 1998.