

## **Aílton de Oliveira: Mudança do ISSQN de São Paulo extrapola base territorial**

No último dia 28 de novembro de 2012, ao interromper a sessão plenária ordinária, em reunião conjunta, as comissões, fazendo uso de sua atribuição de viabilidade técnica prévia, aprovaram o Projeto de Lei 263 de 2012 de Iniciativa do prefeito Gilberto Kassab, assim caminhando a passos largos para aprovação, inclusive pela maioria partidária do Executivo na Casa Legislativa Municipal.

Não é a primeira vez que o Executivo Municipal tenta pela iniciativa de Projeto de Lei frear a guerra fiscal instaurada há muito entre municípios. Todavia, o mote utilizado nesta nova investida é diverso e merece uma análise pormenorizada especialmente à luz da Constituição Federal.

Em apertada síntese, o Projeto de Lei 263/2012 visa modificar a sistemática de incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), fazendo-o incidir em situações outrora não alcançadas.

Hoje em dia o prestador de serviço que tenha sua sede fora de São Paulo, obriga-se a cadastra-se no chamado “CPOM”, que é uma declaração de prestadores de serviços de outro município e assim cria controle entre operações de tomadores de serviço que tem domicílio em São Paulo e utilizam-se dos serviços de prestadores sediados em outros municípios.

O ponto nodal do Projeto de Lei 263 de 2012 está na alínea “d” do inciso 2 do artigo 1º que altera o artigo 9º e 9º-A da Lei 13.701 de 24 dezembro de 2003; que poderá ter a seguinte redação:

“(…) descritos nos itens 1, 2, 3 (exceto o subitem 3.04) 4 a 6, 8 a 10, 13 a 15, 17 (exceto os subitens 17.05 e 17.09) 18, 19 e 21 a 40, bem como nos subitens 7.01, 7.03, 7.06, 7.07, 7.08, 7.13, 7.18, 7.19, 7.20, 11.03 e 12.13, todos constantes da lista do “caput” do artigo 1º, a eles prestados dentro do território do Município de São Paulo por prestadores de serviços inscritos no cadastro de que trata o “caput” do artigo 9º-A e que estejam estabelecidos em Municípios cujas legislações concedam isenção, incentivo ou benefício fiscal que resulte, direta ou indiretamente, na redução de alíquota mínima estabelecida no inciso I do artigo 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na forma, prazo, condições e cronograma estabelecidos pela Secretaria Municipal de Finanças;”

A redação do artigo evidencia que o município de São Paulo pretende combater uma prática que tem sido recorrente nos últimos anos, qual seja a migração de grandes contribuintes dessa natureza de imposto para cidades vizinhas que são atraídas pela concessão de benefícios fiscais, em especial alíquotas diferenciadas.

A pretensão do Projeto de Lei 263/2012 é que a Cidade de São Paulo, fazendo uso de seu cadastro CPOM, possa direta ou indiretamente impedir que outros municípios apliquem alíquota inferior àquela prevista como mínima pelo artigo 88, I do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), e que é de 2%, praticando inclusive a retenção nos casos de alíquotas inferiores a alíquota de 2%.

Cumpra inicialmente pontuar a natureza jurídica transitória do ADCT, que serve precipuamente de segurança jurídica na passagem de uma órbita constitucional para outra, seguindo regras de organização enquanto não se consolida a nova ordem constitucional. Assim, portanto, diverge do eixo permanente que se configura pelo próprio corpo da Constituição Federal dando apenas suporte temporal para que as normas constitucionais não se percam em relação à eficácia, e em decorrência do tempo.

A Constituição Federal em seu artigo 156, inciso III determina que compete aos municípios instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II (que trata do ICMS), definidos em lei complementar. Pois bem.

O ADCT — volte-se a dizer que é especialmente aplicado na substituição de uma Constituição por outra — por sua vez, prevê, em seu artigo 88, que, enquanto não houver lei complementar a disciplinar os enunciados legais precitados, a alíquota mínima seria de 2% (inciso I) e que não poderia haver benefícios, concessões ou incentivos que resultem, direta ou indiretamente, na redução de alíquota mínima estabelecida (inciso II).

A primeira pergunta que deve ser respondida é se a lei complementar aludida no ADCT foi levada a cabo pelo legislador, uma vez que a redação do artigo é claramente condicional, ou seja, determina que seu alcance legislativo “seria” até o momento em que sobreviesse lei complementar.

De início cumpre ressaltar que, dada a importância da matéria, elegeu o Constituinte que sobreviria lei complementar, que é forma mais rígida e complexa do ponto de vista legislativo para delimitação da matéria do ISSQN, exatamente nos moldes do artigo 146 da Constituição Federal, que disciplina a matéria afeita à figura da Lei Complementar.

Atualmente, a sistemática é regida pela Lei Complementar 116 de 2003, e completada por Decretos, ou seja, ao que se vê, a missão prevista pelo Legislador Constitucional foi cumprida.

Pois bem, as leis complementares profetizadas pelo ADCT vieram. Nada obstante, como praticamente boa parte do sistema tributário brasileiro, não encontraram sobrevivência harmônica entre as próprias autoridades políticas, e as críticas advêm de todos os lados, mesmo assim continuam plenamente válidas, vigentes e eficazes.

A Lei Complementar 116 de 2003 e demais decretos, não fixaram alíquota mínima; fixando apenas a alíquota máxima, que é de 5% [1], mesmo assim, está evidenciado que o encargo legislativo previsto pelo ADCT foi esgotado, assim, em nosso sentir, retirando qualquer possibilidade de aplicação da regra que pretende criar o município de São Paulo.

Com base em tal ausência de óbice legislativo, e escorados na melhor doutrina, está evidente que a Constituição da República dá uma faculdade ao município de instituir ou não carga tributária que lhe compete. Com fundamento de validade na Carta Maior é que diversos municípios cobram um ISS menor do que os 5% cobrados para prestadores com estabelecimento na cidade de São Paulo, pois a parte do texto permanente —e não provisória como o ADCT— lhe faculta a administração de recursos sempre vinculada à observância dos princípios da Administração Pública.

Não vamos aqui citar os municípios e suas alíquotas, pois a discussão é mais séria do que um mero comparativo pecuniário, estamos a falar de atitudes legislativas que exorbitam e muito o poder de tributar, que sempre deve encontrar fundamento de validade na Constituição da República.

É unânime a posição de que a guerra fiscal é prejudicial ao país, e, por consequência, à sociedade.

É igualmente comum àqueles com o mínimo de juízo a opinião de que gerar uma concorrência entre municípios não poderá ter outra consequência que não a insegurança jurídica e uma desordem no sistema formal de tributação, havendo reflexos inclusive para políticas urbanas das cidades.

Logo, aqui se delimita que não somos a favor da guerra fiscal.

Doutro lado, não ser a favor da guerra fiscal não significa ignorar a Constituição Federal, e avaliar a medida da cidade de São Paulo —ainda que em fase de pretensão legislativa— dando definitividade ao ADCT, que por sua própria natureza jurídica é transitório.

O referido projeto legislativo fere um atributo básico da hipótese de incidência do ISSQN, qual seja, a base territorial, que é quem determina o critério espacial de alcance da cobrança.

A prosperar tal projeto, estaria uma norma da cidade de São Paulo a irradiar seus efeitos a uma hipótese de incidência tributária que está fora de seus domínios de tributação, uma vez que o estabelecimento do contribuinte se localize em outro município ainda que com alíquota menor que 2% (alíquota mínima prevista no ADCT).

Sob a pretensa benesse de cumprir o ADCT no que tange à alíquota mínima de 2%, não pode o Município ferir princípios constitucionais maiores, como a restrita legalidade em matéria tributária, e o próprio pacto federativo no que tange a responsabilidade municipal.

São Paulo não é “Senhor fiscalizador de outros Municípios”. Não deve determinar as bases tributárias de outros municípios, fixando alíquotas mínimas. Se entende que é inconstitucional a cobrança aquém do previsto do ADCT, deveria fazer uso por meio de seus entes da competente ação constitucional em controle concentrado —ação em que se discute a lei em tese e não um caso concreto, sempre com a avaliação de compatibilidade com a ordem constitucional— e não somente criar uma contranorma, pois esta não pode ser dotada de efeito anulatório daquela criada por outros municípios, pois a Constituição não lhe deu tal alcance.

O tema é deveras amplo, e nossa intenção em breves linhas é de esclarecimentos gerais que suscitem o debate. O que não se pode permitir é que em nome do cumprimento de um dispositivo isolado —ainda

que dentro do contexto transitório constitucional— todo o sistema constitucional seja desrespeitada, pois são muitos os momentos históricos que em nome da “lei” se instituem estados de exceção, em comum em tais situações está presente o desrespeito ao sistema constitucional interligado e interdependente.

[1] Lei 116 de 2003, artigo 8, inciso II.

**Date Created**

07/01/2013