

Vetos deixam ISSQN desproporcional e podem prejudicar municípios

No último dia 30 de maio, o Congresso Nacional derrubou os vetos presidenciais aos incisos XXIII, XXIV e XXV do artigo 3º da Lei Complementar nº 157/2016, a qual trouxe alterações à Lei Complementar nº 116/2003, que regula o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

Os referidos incisos tratam da sistemática de recolhimento do ISSQN para serviços de planos de saúde, planos odontológicos e planos veterinários, administradoras de cartão de crédito e operadoras de leasing, entre outros.

No cerne da alteração, está o local onde será devido o imposto, que passa a ser o município do domicílio do tomador de serviços. Tal mudança, conforme vem sendo noticiado, causará um elevado ônus para as empresas prestadoras dos serviços descritos, que terão de se estruturar para recolher o imposto em cada municipalidade em que houver um tomador dos seus serviços[1].

As manifestações das empresas dos setores afetados são no sentido de que o custo para reestruturar a operação será tão elevado que pode tornar inviável manter a prestação de serviços em diversos municípios brasileiros.

Cientes desses impactos, parece-nos inevitável uma reflexão acerca da constitucionalidade dos novos incisos XXIII, XXIV e XXV do artigo 3º da Lei Complementar nº 157/2016 sob o prisma do postulado da proporcionalidade.

A proporcionalidade é um postulado normativo[2], amplamente reconhecido pela doutrina pela jurisprudência, que visa a solucionar o conflito de diferentes princípios que se imbricam, como resultado de uma lei ou ato administrativo que estabelece uma relação de causalidade entre um fim e o meio escolhido para que este fim seja atingido. Trata-se de verdadeira restrição às restrições[3], ao exigir que os meios não sejam desproporcionais ao ponto de limitarem outros direitos e bens constitucionais na sua busca em atingirem o fim escolhido.

Um exame da proporcionalidade divide-se em três exames distintos: 1) a medida escolhida pelo legislador para atingir o estado visado é capaz de fomentar esse fim, isso é: a adoção da medida é capaz de levar ao fim escolhido?; 2) a medida é necessária para a promoção desse fim? Não haveria outras medidas capazes de fomentar o fim sem restringir tanto outros direitos ou bens juridicamente protegidos? 3) as limitações que a medida escolhida traz em relação a outros direitos é proporcional (proporcionalidade em sentido estrito) ao fim que ela promove?

No caso em tela, o legislador escolheu um fim, qual seja a redistribuição do ISSQN arrecadado atualmente pelos municípios em relação a determinados serviços[4] e escolheu a atribuição da competência para cobrar o ISSQN incidente sobre estes serviços ao município onde está localizado o tomador dos serviços como meio para se atingir esse fim.

Tal meio, como já dito, cria custos de conformidade consideráveis às empresas prestadoras dos serviços afetados[5], atingindo-as em sua propriedade e livre iniciativa, bem como afeta os tomadores dos serviços, também em sua propriedade, uma vez que estarão sujeitos a repasses dos custos nos quais as

empresas incorreram e – portanto – a serviços mais caros.

A determinação precisa do fim perseguido e dos direitos fundamentais e bens jurídicos que podem ser atingidos pelo meio escolhido, como se verá, é essencial para que seja possível exercer um controle por meio do postulado da proporcionalidade[6].

Diante do arcabouço teórico acima desenhado, é possível argumentar que a medida escolhida pelo legislador para promover a redistribuição dos recursos advindos da arrecadação do ISSQN não passa pelos exames de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito.

Não se trata de medida necessária, pois, para se atingir a finalidade de redistribuição do ISSQN incidente sobre os serviços mencionados, bastaria que se editasse norma de direito financeiro, fixando a forma como o ISSQN arrecadado em relação a esses serviços seria distribuído aos municípios, como já existe em relação a outros tributos.

Uma alteração normativa contemplando essa repartição seria um meio menos gravoso, tanto às empresas prestadoras de serviços, que não se veriam sujeitas a consideráveis custos de conformidade inerentes à adaptação a sistemática de recolhimento do ISSQN instituída na Lei Complementar nº 157/2016, quanto aos tomadores de serviços, que não estariam sujeitos aos aumentos de custos dos serviços prestados ou, em alguns casos, à extinção da prestação dos serviços.

Vale nesse caso, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 855, em que considerou inconstitucional lei do Estado do Paraná que, buscando promover a proteção do consumidor, criava regras na comercialização de Gás Liquefeito de Petróleo, as quais o tribunal entendeu serem desnecessárias, pois o consumidor poderia ser protegido por outras medidas que restringissem menos a liberdade, a livre iniciativa e a igualdade das empresas.

Não bastasse a ausência de necessidade do meio escolhido pelo legislador, a alteração trazida pela Lei Complementar nº 157/2016 demonstra-se desproporcional em sentido estrito.

Com efeito, para se alcançar uma suposta melhor redistribuição dos recursos advindos da arrecadação do ISSQN, o legislador agiu em detrimento da livre iniciativa e da garantia ao direito de propriedade, possivelmente tornando inviável, em muitos casos, a atuação realizada por esses prestadores e colocando em risco, inclusive, o próprio acesso dos consumidores a esses serviços.

Pode-se recorrer, novamente, ao posicionamento seguido pelo STF na já citada ADI nº 855, em cujo julgamento o tribunal entendeu ser desproporcional a relação estabelecida pela lei do Estado do Paraná, pois a proteção ao consumidor que ela buscava era desproporcional às limitações à livre iniciativa e à garantia do direito de propriedade que dela adviriam.

Finalmente, cabe lembrar que, caso os custos que as empresas terão para se adequar à nova sistemática se provem excessivos ao ponto de desestimular as empresas a prestarem o serviço em alguns municípios, então não só o fim da alteração legislativa sob análise não será, de modo algum, fomentado, pois não haverá prestação de serviço no município, logo não haverá imposto a ser recolhido, como também, conseqüentemente, os munícipes serão privados do serviço que, até a alteração era prestado.

As mudanças trazidas pela Lei Complementar 157/2016 ao artigo 3º da Lei Complementar 116/2003 devem, portanto, enfrentar questionamentos em relação a sua constitucionalidade, uma vez que exibem uma relação desproporcional entre os meios escolhidos para atingir o fim ao qual visam e os direitos que restringem para promoção de tal fim.

[1] Tais considerações estão, inclusive, nas “Razões do Veto”, conforme consta da Mensagem nº 720, de 29 de dezembro DE 2016, editada pela Presidência da República.

[2] Ávila, Humberto, Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios constitucionais, 16ªed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.204 e ss. Esse artigo adotará a classificação proposta por Humberto Ávila e tratará a proporcionalidade como um postulado.

[3] PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard, KINGREEN, Thorsten e POSCHER, Ralf, Grundrechte-Staatsrecht II, 30ªed. Heidelberg: C.F. Müller, 2014, p. 71 e ss.

[4] Conforme pleito da Confederação Nacional dos Municípios (<http://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/vitoria-municipalista-parlamentares-derrubam-veto-do-iss-e-garantem-r-6-bi-aos-cofres-municipais>)

[5] A esse respeito vide texto de Alberto Macedo “Vetos na LC 157/2016 evitam explosão de custos de conformidade” (<http://www.conjur.com.br/2017-mar-14/alberto-macedo-vetos-lc-1572016-evitam-explosao-custos>)

[6] CLÉRICO, Laura, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 1ªed. Baden-Baden: Nomos, 2001, p. 29 e ss e ÁVILA, Humberto, Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios constitucionais, 16ªed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.206-207

Date Created

01/07/2017