



Constitucionalidade anunciada



O Projeto de Lei Complementar 461/2017 dispõe sobre a

incidência do ISS sobre os serviços de operacionalização de planos de saúde, hospitalar e odontológica; administração de fundos quaisquer e de carteira de clientes; administração de consórcios; administração de cartão de crédito ou débito e congêneres; e de arrendamento mercantil (previstos, respectivamente, nos subitens 4.22, 4.23, 5.09, 10.04, 15.01 e 15.09 da lista anexa à Lei Complementar 116/2003, que disciplina as regras gerais para incidência do imposto municipal). Referido projeto de lei foi aprovado pela Câmara no último dia 3 de dezembro e será submetido à apreciação do Senado.

Em 29 de dezembro de 2016, a Lei Complementar 157 já havia introduzido drástica alteração na LC 116/03 para modificar o sujeito ativo do ISS em relação a esses mesmos serviços, determinando que o imposto municipal será devido para o município onde se encontra o tomador do serviço. Assim, a LC 157/16 admitiu que, a partir de 1º de janeiro de 2018, novas legislações municipais fossem editadas a fim de que os municípios de localização do tomador desses serviços assumissem a titularidade do respectivo imposto municipal.

A modificação do sujeito ativo competente para exigir o tributo em relação aos serviços descritos acima trouxe enorme insegurança jurídica e fomentou sobremaneira a guerra fiscal, pois a regra geral é a de que o imposto é devido ao município de localização do estabelecimento prestador, exceto nas situações em que divirjam o local da prestação do serviço e estabelecimento prestador, hipótese em que a LC 116/03 relaciona os serviços cujo imposto é devido ao município do local da prestação.

A regra geral estabelecida na LC 116/03 está em consonância com a Constituição Federal: é no local da prestação de serviços (que normalmente coincide com o local do estabelecimento prestador) que se materializa o fato gerador do ISS (artigo 146, inciso III, alínea “a”, e 156, inciso III, da Constituição).

A LC 157/16 é inconstitucional porque não guarda nenhuma relação com a materialização do fato gerador do imposto. A localização do tomador é totalmente irrelevante e não representa o núcleo da hipótese constitucional de incidência tributária.

Em linha com a regra matriz de incidência prevista no texto constitucional, a uniformização estabelecida pela redação original da LC 116/03 teve por objetivo evitar conflitos de competência que fomentam a guerra fiscal, principal função da lei complementar federal (artigo 146, inciso I, e 150, inciso I, da



Constituição), de sorte a garantir a segurança jurídica.

Por isso mesmo que, além do desalinhamento com a hipótese de incidência tributária, a regra da LC 157/16 que alterou o sujeito ativo para exigir o ISS é também inconstitucional, porque a lei complementar deveria estabelecer dispositivos para evitar conflitos de competência e guerra fiscal, promover segurança jurídica e ditar regras gerais em matéria de fixação de obrigações tributárias e base de cálculo. Tanto mais quando envolve um tributo como o ISS, de competência de milhares de municípios brasileiros. Aqui, a lei fez o contrário. Introduziu o caos e a lacuna jurídica, ensejando inúmeros conflitos jurídicos e práticos insolúveis.

Como exemplo, em relação a alguns dos serviços, o tomador sequer conhece o valor do ISS que seria devido, o que é um problema gravíssimo se eleito responsável tributário, já que o valor do serviço, como entendem o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, não inclui uma série de custos que são reembolsados pelo prestador e que não refletem a remuneração pela prestação do serviço. Além disso, é de clareza meridiana a impossibilidade prática de se cumprir inúmeras obrigações acessórias diferentes e muitas vezes inconciliáveis, de acordo com a disciplina estabelecida por cada município de localização do tomador.

O cenário é tão teratológico que alguns municípios acabam por exigir que o prestador de serviço abra um estabelecimento nessas localidades, de forma a viabilizar o cumprimento dessas obrigações. Essa talvez seja a mais plástica demonstração da ilegitimidade da alteração introduzida, a confirmar que o ISS só pode ser exigido no local onde se encontra o estabelecimento prestador. Não se pode compelir o contribuinte ao exercício de atividade econômica em determinado município como forma de constrangê-lo à tributação por este ente.

Para questionar a modificação do sujeito ativo introduzida pela LC 157/16, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.835 pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) e pela Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Capitalização (Cnseg).

Em 4 de abril de 2018, o ministro Alexandre de Moraes concedeu medida cautelar na referida ADI para suspender a eficácia da modificação do município competente para arrecadar o ISS e de toda a legislação local editada para sua direta complementação. Em sua decisão, afirmou “que a LC 157/16 não definiu o conceito de tomador de serviços, o que gera insegurança jurídica, com possibilidade de dupla tributação ou incorrência da correta incidência tributária”. Além disso, reconheceu que existem diversas leis, atos normativos e decretos municipais antagônicos, já editados ou prestes a sê-lo, o que gera dificuldade na aplicação da lei complementar e amplia os conflitos de competência entre os Municípios em afronta à segurança jurídica e ao artigo 146 da Constituição Federal. Essa decisão está em pleno vigor.

Não obstante a referida alteração esteja suspensa pelo STF desde abril de 2018, o PL 461/17 parte da premissa de plena validade e eficácia da LC 157/16, tanto assim que define o tomador de serviço, nas hipóteses especificadas. Por exemplo, no caso dos serviços de plano de saúde ou de medicina e congêneres, o tomador é considerado a pessoa física beneficiária vinculada à operadora por meio de convênio ou contrato de plano de saúde individual, familiar, coletivo empresarial ou coletivo por adesão.

O PL 461/17 também institui o Comitê Gestor de Obrigações Acessórias do ISSQN (Cgoa), composto



por 10 municípios representativos das regiões do país, com o objetivo de estabelecer padrão nacional de obrigações acessórias relativas aos serviços de que trata, de adoção facultativa pelos municípios e pelo Distrito Federal.

Se aprovadas, as alterações propostas pelo PL 461/17 potencializam ainda mais as inconstitucionalidades já apontadas. Primeiro, porque são inexecutáveis diante da suspensão da eficácia da regra que altera o sujeito ativo do ISS que, de acordo com decisão do STF, continua sendo o município de localização do estabelecimento prestador.

Além disso, inserir um número exponencialmente mais elevado de municípios competentes para arrecadar o ISS, aumenta na mesma proporção a insegurança jurídica, violando a função precípua da lei complementar, que é justamente uniformizar as regras gerais, não só no tocante ao sujeito ativo, mas também à base de cálculo e obrigações acessórias.

Especificamente no tocante às obrigações acessórias, o PL 461/17 afronta não só a segurança jurídica como viola o princípio da estrita legalidade, ao outorgar a um comitê formado por municípios a sua padronização, e ao tornar facultativa sua adoção pelos municípios.

Em um país como o nosso, em que o custo de conformidade é elevadíssimo, admitir que uma pessoa jurídica, em sua operação, tenha que recolher ISS para milhares de municípios onde não está estabelecida, submetendo-se também a obrigações acessórias diferentes e muitas vezes contraditórias, é inviabilizar a própria prestação de serviços.

Quando se fala tanto em reforma tributária com o objetivo de simplificar o nosso caótico sistema, custa crer que estamos na iminência de ver aprovado um projeto de lei complementar que vai na contramão desse discurso.

Date Created

09/01/2020