



SP não pode cobrar ISS de empresas de outros municípios

18/06/2005

Reportagem na TV Globo anunciou que a prefeitura de São Paulo pretende ingressar na Justiça contra o que chama de “guerra fiscal” praticada por municípios da região metropolitana, onde se cobra o imposto sobre serviços com base em alíquotas inferiores aos 5% cobrados na Capital.

Deseja o fisco paulistano que as empresas que prestam serviços a clientes aqui estabelecidos recolham o tributo em São Paulo e anuncia que um projeto de lei nesse sentido seria encaminhado à Câmara.

Falou o atual secretário de finanças, Mauro Ricardo Machado Costa, em **“fraude fiscal”** e que contribuintes que mantenham sede em outros municípios, prestando serviços em São Paulo, estariam cometendo **“um crime que deve ser punido com cadeia”**.

Alguns equívocos precisam ser esclarecidos, pois na maioria dos casos não existe qualquer fraude nem crime, mas apenas o exercício regular de um direito, tanto por parte dos contribuintes quanto por parte dos municípios.

As afirmações contundentes do secretário de finanças não são exatas e qualquer generalização é injusta. Note-se que o secretário é formado em Administração de Empresas e sempre exerceu funções apenas no serviço público. Embora seja Auditor da Receita por concurso foi presidente de uma estatal em Minas, Superintendente da Zona Fraca de Manaus, presidente da Fundação Nacional da Saúde quando Serra foi Ministro e também trabalhou no Ministério do Planejamento, no do Bem Estar Social e mesmo em algumas estatais.

Parece ser um funcionário brilhante, que entende de quase tudo, um verdadeiro “polivalente”, mas nada o qualifica para definir o que seja “fraude fiscal” ou crime que possa colocar alguém na cadeia. Isso é função da Lei e da Justiça.

Na reportagem afirmou-se, por exemplo, que em Santana do Parnaíba a alíquota do ISS é de 0,74% , abaixo do mínimo de 2% determinado pela Emenda Constitucional 37 de 12 de junho de 2002.

Essa Emenda, porém, não vale mais. Apenas acrescentou ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição o artigo 88, que diz que **“enquanto lei complementar não disciplinar** o disposto nos incisos I e III do § 3º do artigo 156”, a alíquota mínima do ISS seria de 2% e que o imposto “não será objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima.”

Ora, a Lei Complementar 116, que é de 13 de julho de 2003, ou seja, sancionada mais de um ano depois da citada Emenda 37, em nenhum momento fala em alíquota mínima. Portanto, ficou sem efeito o limite do inciso I do artigo 88 do ADCT, uma vez que a EC 37 apenas fixou a

alíquota mínima “enquanto lei complementar não disciplinar” o assunto, o que foi feito pela LC 116. Não existe, assim, no nosso ordenamento jurídico, a tal alíquota mínima.

Por outro lado, também não vigora mais, desde a vigência da citada Lei complementar, a restrição do inciso III, ou seja, a que impede concessão de incentivos fiscais, pois o artigo 88 ficou superado, já que estabelecia uma disposição “transitória”, vigente apenas “enquanto lei complementar” não fosse sancionada.

Embora a LC 116 diga que a base e cálculo é o preço do serviço, não prevê qualquer norma que proíba sua redução, caso a legislação municipal venha a permitir.

O artigo 1º da Constituição diz que os Municípios são parte de uma “união indissolúvel” que forma a República, que engloba os Estados e o Distrito Federal. O primeiro dos fundamentos dessa “união indissolúvel” é a soberania, como se vê pelo inciso I desse mesmo artigo 1º. E, finalmente, o § 1º diz o que muita gente parece ter se esquecido: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Assim, se o legislativo municipal aprova lei que regula o ISS, elegendo determinada base de cálculo, diferente do preço do serviço, não existe qualquer problema, pois não pode, nem mesmo a lei complementar, impedir que seja exercida a soberania do município competente para cobrar o tributo, que pode cobrá-lo como lhe parecer melhor, inclusive reduzindo a base de cálculo. Afinal, o que não é proibido é permitido. Isso é o que se chama de “Estado democrático de direito”...

Não existe alíquota reduzida em Santana do Parnaíba, mas redução de base de cálculo. Isso é perfeitamente legal, como, aliás, seria também mesmo a alíquota menor, ante o que consta da LC.

A política tributária do município é ato de indiscutível soberania. Tanto assim, que ninguém questiona o fato de que São Paulo isenta o futebol profissional, cobra 2% de clínicas veterinárias, empresas de segurança, academias de artes marciais, parques de diversões, peruas de transporte escolar e corretores de seguros, mas exige de 5% dos teatros. Para os vereadores paulistanos, cachorro de madame, lutadores de kung fú, perueiros, corretores de seguros e jogadores profissionais de futebol são mais essenciais que artistas de teatro...É besteira, mas é lei.

Na mesma reportagem, um advogado afirmou que a concessão de incentivos seria capaz de submeter o município a ações judiciais por inconstitucionalidade. Ao que parece não atentou para o fato que a proibição criada pela EC 37 era apenas uma disposição “transitória”, vigente enquanto não surgisse a LC 116, que nenhuma restrição impõe a tal concessão. Não há, portanto, qualquer possibilidade jurídica de serem acionados os municípios, pois nada fazem de ilegal ou inconstitucional.

Quanto à manutenção de sedes ou escritórios “virtuais”, não existe qualquer ilegalidade também. Não há fraude e muito menos “crime”. A LC 116 no artigo 4º diz que estabelecimento prestador do serviços é o “o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar

serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas”.

Como se vê, basta que haja um local onde a atividade seja desenvolvida, o que não quer dizer que o serviço tenha de ser ali executado ou que alguém tenha de estar permanentemente nesse local.

Fiscais da prefeitura de São Paulo já fizeram “diligências” a alguns desses locais, onde estariam as tais sedes “virtuais” e afirmam que lá não havia qualquer escritório, mas apenas um endereço. Tais “diligências” são nulas de pleno direito, resultando em prova obtida por meio ilícito, que a Constituição, no artigo 5º, inciso LVI, não admite em nenhum tipo de processo. Nenhuma empresa sediada legalmente em outro Município tem, sequer, que atender a intimações de fiscais paulistanos, aos quais não se subordinam.

Cabe exclusivamente ao Município onde o prestador de serviço tem sua sede a fiscalização do estabelecimento e a expedição de alvará e licença de funcionamento. Se a prefeitura o expediu, não cabe ao fisco de outro município afirmar que o endereço existe ou não.

A existência de sedes “virtuais” é possível não só no Brasil, como em vários países. Muitas estatais no Brasil negociam com empresas estrangeiras cujas sedes são apenas um endereço em caixas postais de outro país. Nada há de ilegal nisso.

Sempre é bom lembrar que estamos num regime capitalista, que admite o anonimato nos investimentos, embora conceda ao Estado os mecanismos legais para combate à evasão de divisas e ao enriquecimento ilícito.

No caso do ISS, como em qualquer outro tributo, o uso da elisão fiscal é perfeitamente legal. Tanto assim que a prefeitura e até o governo estadual de São Paulo mantém grande quantidade de veículos alugados de locadoras que têm sede e licenciam os veículos em outros Estados, sem que qualquer burocrata tenha falado em “fraude” ou tenha ameaçado os donos das locadoras com “cadeia”...

Os contribuintes que possuem sede em outros municípios, mas prestam serviços em São Paulo, nada precisam temer, desde que estejam de posse do alvará municipal de licença e estejam recolhendo o tributo na sua sede. As eventuais multas que a prefeitura paulistana venha a lhes impor devem ser objeto das defesas administrativas cabíveis e de todos os recursos legais que a lei admite, inclusive perante o judiciário.

A prefeitura da capital vem mencionando jurisprudência do STJ, que só se aplica a um determinado caso, relacionado com serviço de paisagismo. A lei prevê que tal serviço é complementar ao de construção civil, o que explica a decisão, cuja ementa, mal redigida, pode induzir o leigo a erro. Nos serviços de construção civil o imposto sempre foi e deve ser recolhido no local da obra. Há, na lei complementar, outros tipos de serviços também sujeitos a tal situação. Mas essas são exceções. A regra é no sentido de que o tributo deva ser pago onde o prestador tem sua sede. O resto é resto...



Portanto, quem tem sede em outro município, fique tranqüilo. A lei os ampara e certamente a Justiça saberá interpretá-la com acerto, não admitindo provas ilícitas, nem tornando ineficazes alvarás de funcionamento expedidos legalmente.

Como se sabe, o símbolo do Fisco é o leão. Pode ser muito feroz, mas é apenas um animal estrangeiro e irracional...

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2005-jun-18/sp_ao_cobrar_iss_empresas_outros_municipios/