

Lei cria novo tipo de improbidade administrativa relacionado ao ISSN

04/01/2017

A improbidade administrativa aterroriza os governantes dada a gravidade de suas sanções próprias, a amplitude do seu alcance pelas três modalidades e a inelegibilidade por oito anos proveniente da Lei da Ficha Limpa (alínea “I”, do artigo 1º, I, da LC 64/90).

E agora deverão ter maior cautela em razão da criação de mais uma modalidade, em especial os prefeitos que assumiram os cargos nesse início de ano, pois foi sancionada e publicada no último dia útil do ano de 2016, dia 30 de dezembro, a Lei Complementar 157, que inaugura novo tipo de improbidade administrativa e novas formas de punição, especificamente no que tange a procedimentos de natureza tributária quanto ao Imposto Sobre Serviço (ISSQN), ampliando o rol constante da Lei 8.429/92.

Como se sabe, a Lei de Improbidade Administrativa originalmente previa três espécies de atos: a) atos que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º); b) atos que causam lesão ao erário (artigo 10) e, por fim, c) atos que atentam contra os princípios da administração pública (artigo 11).

Desse modo, com a edição da Lei Complementar 157/16, a Lei 8.429/92 passou a contar com uma nova seção e um novo dispositivo, o artigo 10-A, que traz a seguinte previsão:

Seção II-A

Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário

*Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer **ação ou omissão** para **conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário** contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (Incluído pela Lei Complementar 157, de 2016) [grifos nossos]*

Veja que referido dispositivo trouxe uma nova espécie de ato de improbidade administrativa, mas que trata especificamente do descumprimento da Lei do ISSQN (LC 116/03), em específico no que diz respeito ao *caput* e § 1º do artigo 8º-A. Vejamos o que diz esse artigo, também incluído pela mesma LC 157/16.

*Art. 8º-A. A **alíquota mínima** do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento). (Incluído pela Lei Complementar 157, de 2016)*

§ 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte,

direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no **caput**, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016) *[grifos nossos]*

Como se sabe, o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) é de competência dos municípios e do Distrito Federal, tendo como fato gerador a prestação de serviços taxativamente listados na LC 116/03, ou seja, para incidir sobre o serviço, este deve estar expressamente previsto no anexo da referida lei complementar, devendo municípios e o DF respeitar os limites impostos quando da edição da legislação local acerca do tema.

Desse modo, o artigo 8º-A, acima transcrito, tratou de estipular uma regra geral a ser seguida pelos municípios e pelo Distrito Federal, qual seja, alíquota mínima de 2% para o ISS, isto é, não poderá haver por parte destes entes a edição de legislação que preveja alíquota inferior, tendo referida regra o objetivo de evitar a “guerra fiscal” entre municípios que visavam atrair novas empresas.

Em virtude desse novo limite e com o intuito de tentar evitar que os entes buscassem formas de burlar a legislação, a LC 157/15 incluiu no artigo 8º-A, da LC 116/03, o § 1º, proibindo a edição de lei local que verse sobre a *“concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima”*.

Mas essa regra não é absoluta, trazendo o mesmo dispositivo exceções, permitindo que se conceda isenção, incentivo ou benefício de ISS aos serviços previstos nos subitens 7.02, 7.05 e 16.01 no anexo da mesma lei complementar, quais sejam:

– Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS);

Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS);

Serviços de transporte coletivo municipal rodoviário, metroviário, ferroviário e aquaviário de passageiros.

Embora entendamos que o simples descumprimento ou burla da norma prevista no artigo 8º-A, da LC 116/03, já configure ato de improbidade administrativa, em específico os que atentam contra o princípio da legalidade ou que causem dano ao erário (inciso VII, X e XII), conforme a gravidade do ato, o que faria incidir as penas previstas no artigo 12, II ou III, da Lei 8.429/92, a

LC 157/16 incluiu na Lei de improbidade administrativa o inciso IV ao artigo 12, trazendo penalidades próprias para o descumprimento do prevista no artigo 10-A da mesma lei, senão vejamos:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidades sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

[...]

IV – na hipótese prevista no art. 10-A, *perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido*. (Incluído pela Lei Complementar 157, de 2016) *[grifos nossos]*

Trouxe, então, sanções que são a mescla das previstas nos demais incisos do mesmo dispositivo, criando uma figura *sui generis* de penalidade, específica para a nova modalidade de improbidade do artigo 10-A, pois, embora incluído após o artigo 10, equiparando-se, portanto, a lesão ao erário, o que faria incidir apenas as penalidades constantes do inciso II, do artigo 12, da mesma lei, ainda que incida a perda da função pública (prevista para todos os casos) e a suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, prevê, também, a pena de pagamento de “*multa civil de até três vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido*”, esta constante do inciso I, do artigo 12, aplicável aos graves casos de enriquecimento ilícito (artigo 9º).

Veja que a intenção do legislador foi a de criar uma figura de penalidade autônoma mesclando sanções graves com sanções proporcionais para o caso em análise, pois, do contrário, caso não incluísse na lei de improbidade administrativa esse artigo 10-A, as penas aplicáveis, cumulativamente ou não, para o descumprimento ou burla ao previsto no artigo 8º-A e § 1º, da LC 116/03, incluído pela LC 157/16, seriam as previstas no artigo 12, III, em razão do descumprimento do princípio da legalidade ou no artigo 12, II, em decorrência do dano ao erário pela concessão de benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie, por agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, concorrendo com o enriquecimento ilícito de terceiro (incisos VII, X e XII do artigo 10 da LIA).

Importante destacar, ainda, que, corroborando a tese da figura *sui generis*, essa nova modalidade exige exclusivamente a conduta dolosa do agente para configurar ato de improbidade administrativa, não sendo admitida a modalidade culposa, diversamente do previsto expressamente no artigo 10 para os atos que causam lesão ao patrimônio público.

Ademais, além das penalidades previstas no inciso IV do artigo 12 da Lei 8.429/92, introduzida pela LC 157/16, conforme previsão incluída pela mesma lei nos §§ 2º e 3º do artigo 8º-A, da LC 116/03, será considerada “*nula a lei ou o ato do Município ou do Distrito Federal que não respeite as disposições relativas à alíquota mínima [de 2%]... no caso de serviço prestado a tomador ou intermediário localizado em Município diverso daquele onde está localizado o*



prestador do serviço”, gerando ao Município ou ao DF infrator a obrigação de restituir integralmente o valor pago do ISS ao prestador do serviço tributado pela lei considerada nula.

Cumprido destacar ainda que, conforme prevê o artigo 10-A da Lei de improbidade administrativa, recém-criado, constitui ato de improbidade a ação ou omissão do agente público, ou seja, não incide apenas para os casos de concessão de benefícios ou incentivos, mas também para os casos em que, havendo no município tais procedimentos o agente não tome providências para cessá-lo, o que, nesse caso específico, ficou estipulado pela LC 157/16, no seu artigo 6º, um prazo de adaptação de 1 (um) ano, contado da publicação desta, em que *“os entes federados deverão [...] revogar os dispositivos que contrariem o disposto no caput e no § 1º do artigo 8º-A da LC 116/03”*.

Outra novidade introduzida na Lei de improbidade administrativa, pela LC 157/16, trata da legitimidade para propositura da ação civil pública por ato de improbidade, o que, conforme previsão do § 13 do artigo 17, considera a pessoa jurídica interessada, portanto, com legitimidade processual ativa, *“o ente tributante que figurar no polo ativo da obrigação tributária de que tratam o § 4º do artigo 3º e o artigo 8º-A da Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003”*, ou seja, uma vez que o § 4º, do artigo 3º foi vetado pelo Presidente da República e o artigo 8º-A trata especificamente da alíquota do ISS, portanto, considerando-se ente tributante o Município ou DF, podemos afirmar que tem legitimidade ativa para propositura das ações, o município ou DF contra os agentes públicos que assinaram as concessões ou isenções, bem como os outros Municípios que forem prejudicados com tais condutas, uma vez caracterizada a “guerra fiscal”.

Por fim, cabe destacar que, embora a Lei Complementar 157/16 tenha entrado em vigor na data de sua publicação, conforme previsão do artigo 7º, ou seja, em 30/12/2016, conforme ficou definido pelo § 1º do referido artigo, a previsão constante do caput e dos §§ 1º e 2º do artigo 8º-A da LC 116/03, bem como do artigo 10-A, do inciso IV do artigo 12 e do § 13 do artigo 17, todos da Lei 8.429/92 (Lei de improbidade administrativa), só passarão a produzir efeitos após o decurso do prazo de adaptação, previsto no artigo 6º, que é de um ano, ou seja, somente após 30/12/2017.

Como vimos, a nova legislação, sancionada e publicada ao “apagar das luzes” de 2016, traz gravíssimas consequências e novos desafios para aqueles que estão assumindo, eleitos que foram no último pleito, caso descumpram ou mantenham o descumprimento após a edição e o prazo de adaptação desta nova regra, em exigir menos de 2% de ISS em seu município.

Além das sanções previstas na lei tributária, a qual prevê, inclusive, a devolução do imposto pago ao tomador ou intermediário localizado em Município diverso daquele onde está localizado o prestador do serviço em razão da lei considerada nula, gerando um enorme passivo ao ente tributante, estipula também, na lei de improbidade administrativa, a sanção ao agente de multa de até três vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido, bem como sanções políticas com a perda do cargo e suspensão dos direitos políticos, o que o proibirá de candidatar-se em futuros pleitos, em especial pelo que prevê a Lei das Inelegibilidades (LC 65/90, artigo 1º, I, “I”), cujo alcance é plenamente possível, uma vez caracterizada a condenação por conduta ímproba dolosa com pena de suspensão dos direitos políticos, transitada em julgado ou por decisão de órgão colegiado, que compreenda a existência de dano



ao erário e enriquecimento ilícito, o que, pela simples conduta de incidir menor imposto do que o legalmente previsto já se poderá subsumir o dano efetivo com a cobrança menor de ISS e o enriquecimento de terceiro que se aproveitou da norma local para pagar menos imposto, o que fazemos a ressalva da necessidade de haver essa expressa menção na decisão condenatória de improbidade administrativa para incidir a inelegibilidade, conforme jurisprudência atual do e. Tribunal Superior Eleitoral.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2017-jan-04/lei-cria-tipo-improbidade-administrativa-relacionado-issn/>