



Conceito constitucional de serviços de qualquer natureza



Simone Costa Barreto
Mestre e doutora PUC/SP



Nossa proposta:

- Análise semântica do termo serviço, à luz da norma constitucional de repartição da competência tributária.

Conceito → constitucional



Demarcação da competência tributária por intermédio de signos que constituem a materialidade dos tributos.

Tipos ou conceitos?

Tipos

≠

conceitos

estrutura aberta,
flexível, notas
renunciáveis

estrutura fechada,
rígida, notas
irrenunciáveis



Constituição Federal brasileira:

- rígida e inflexível
- conceitos fechados → segurança jurídica



➤ Como atribuir sentido ao signo?

Ricardo Guastini: os textos normativos e o uso comum dos juristas são a fonte para a busca das significações próprias do discurso jurídico, e não os dicionários.



1º) Sentido existente nos horizontes da cultura

2º) Uso comum (dicionário)

3º) Uso comum incorporado pelo direito
(enunciado prescritivo ou descritivo) → é ele o
recepcionado pela CF/88

Exceção: enunciado constitucional que preveja
sentido diverso.



Trecho do voto do Min. Cezar Peluso, no RE nº 346.084-6/PR:

“Como já exposto, não há, na Constituição Federal, prescrição de significado do termo faturamento. Se se escusou a Constituição de o definir, tem o intérprete de verificar, primeiro, se, no próprio ordenamento, havia então algum valor semântico a que se pudesse filiar-se o uso constitucional do vocábulo, sem explicitação do sentido particular, nem necessidade de futura regulamentação por lei inferior. É que, se há correspondente semântico na ordem jurídica, a presunção é de que a ele se refere o uso constitucional. Quando u’a mesma palavra, usada pela Constituição sem definição expressa nem contextual, guarde dois ou mais sentidos, um dos quais já incorporado ao ordenamento jurídico, será esse, não outro, seu conteúdo semântico, porque seria despropositado supor que o texto normativo esteja aludindo a objeto extrajurídico.”



- **Art. 109 do CTN:** “[...] princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”.
- **Art. 110 do CTN:** [...] a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal [...] para definir ou limitar competências tributárias.



Rubens Gomes de Sousa:

Se a Constituição se refere a uma figura de direito privado, sem ela própria a alterar para efeitos fiscais, incorpora ao direito tributário aquela figura de direito privado que, por conseguinte, se torna imutável para o legislador fiscal ordinário, porque se converteu em figura constitucional.



Art. 156, III da CF

- Serviço: valeu-se o constituinte do conceito preexistente desse signo, comum na linguagem jurídica antes mesmo da promulgação da Carta de 1988.
- Sentido construído pela doutrina a partir dos arts. 1.216 (serviço) e 1.118 (locação de coisas) do Código Civil de 1916 – obrigação de fazer x obrigação de dar



Aires Barreto:

A distinção entre dar e fazer como objeto de direito é matéria das mais simples. Basta - aos fins a que nos propusemos - salientar que a primeira (obrigação de dar) consiste em vínculo jurídico que impõe ao devedor a entrega de alguma coisa já existente; por outro lado, as obrigações de fazer impõem a execução, a elaboração, o fazimento de algo até então inexistente. Consistem, estas últimas, num serviço a ser prestado pelo devedor (produção, mediante esforço humano, de uma atividade material ou imaterial).



1º passo → atribuição de sentido ao signo *serviços* utilizado pelo constituinte

2º passo → interpretação sistemática dos enunciados constitucionais gerais e específicos

Resultado → definição do conceito constitucional de serviço para fins do ISS

“o desempenho de atividade economicamente apreciável, sem subordinação, produtiva de utilidade para outrem, sob regime de direito privado, com fito de remuneração, não compreendido na competência de outra esfera de governo”.
(Aires Barreto)



Em síntese:

O conceito constitucional de serviço incorporado pela CF/88 tem origem no Direito Civil, que lhe atribui como núcleo uma obrigação de fazer, que não se confunde com uma obrigação de dar. A partir desse conceito e da interpretação sistemática do Texto Constitucional, conclui-se que serviço, para fins de incidência do ISS, deve reunir as seguintes características: (i) possuir conteúdo econômico; (ii) ser prestado para terceiro; (iii) sem subordinação; (iv) com fito de remuneração; (v) sob regime de direito privado; e (vi) estar compreendido na competência tributária dos Municípios.



- Conceito econômico de serviço – conceito equivocado de serviço. Conceito de Bernardo Ribeiro de Moraes que fora abandonado pelo STF no RE 116.121-3 (locação de guindastes).
- Conceito antigo que alguns pretendem reavivar – nítido retrocesso
- Detida análise dos julgados recentes do STF (RE 547.245 e 651.703) não nos permite afirmar, categoricamente, que a Corte Suprema teria abandonado o conceito jurídico de serviço. **Sumula Vinculante nº 31 está intacta.**



➤ RE 651.703 – Min. Edson Fachin:

“(...) tanto a atividade-meio quanto a atividade-fim são obrigações de fazer: as operadoras de planos de saúde, como bem salientou a Procuradoria-Geral da República, tem obrigação fornecer os serviços dispostos na cobertura contratual, a serem realizadas por terceiros, mediante o pagamento de mensalidades. Salienta, ademais, que o fato gerador da obrigação tributária não se realiza com o serviço prestado pelo terceiro (médicos, clínicas ou hospitais), mas com a administração do plano realizada pela própria operadora, serviço sobre qual deve incidir o ISS.”



➤ RE 547.245 – Min. Carlos Ayres Britto:

“Entendo que disponibilizar crédito para a obtenção de um bem destinado a uso não é senão um ato de intermediar, ou seja, fazer uma intermediação, obrigação de fazer, portanto. Aliás, **na linguagem coloquial, nunca se diz dar um empréstimo, mas sim fazer um empréstimo.**”



➤ RE 547.245 – Min. Marco Aurelio:

“Entendo que locação, gênero, não é serviço. Valho-me, em primeiro lugar, da regra constitucional. O tributo da competência dos municípios diz respeito a serviço prestado, ou seja, a desempenho de atividade, a obrigação de fazer e não de dar. (...) O Plenário defrontou-se com certa situação que guarda semelhança absoluta com a espécie e concluiu pela inconstitucionalidade de norma. Assim o fez no julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.121-3/SP, em 11 de outubro de 2000. São passados, é certo, nove anos, mas não houve mudança substancial da Carta da República a ditar outra óptica. Houve mudança, sim, na composição do Supremo, mas o Direito posto continua o mesmo, não é outro.”



“O caminho a ser trilhado – único conducente à separação consentânea com o sistema constitucional – exige digressão em torno das obrigações de dar e de fazer, categorias gerais do direito, amplamente estudadas pelos civilistas.”

Aires Barreto