

29/11/2018

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.167.509 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE.(S) : SINDICATO DAS EMPRESAS DE PROCESSAMENTO DE DADOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : RICARDO OLIVEIRA GODOI
RECDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ISS – CONTRIBUINTE – ESPECIAL – ISONOMIA – CADASTRO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia alusiva à constitucionalidade de lei municipal a determinar retenção do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS – pelo tomador de serviço, em razão da ausência de cadastro, na Secretaria de Finanças de São Paulo, do prestador não estabelecido no território do referido Município.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencidos os Ministros Edson Fachin e Luiz Fux. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Edson Fachin e Luiz Fux.

Ministro MARCO AURÉLIO
Relator

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.167.509 SÃO PAULO

PRONUNCIAMENTO

ISS CONTRIBUINTE ISONOMIA CADASTRO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURAÇÃO.

1. A assessora Dra. Raquel Rodrigues Barbosa de Souza prestou as seguintes informações:

O Sindicato das Empresas de Processamento de Dados e Serviços de Informática do Estado de São Paulo SEPROSP interpôs recurso extraordinário, com alegada base na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão mediante o qual o Tribunal de Origem desproveu apelação em mandado de segurança coletivo, assentando a obrigação das empresas filiadas ao recorrente, prestadoras de serviços no Município de São Paulo e sediadas fora do respectivo território, de efetuarem cadastro perante a Secretaria Municipal de Finanças, sob pena de retenção do Imposto Sobre Serviço ISS pelo tomador do serviço, considerada a Lei Municipal nº 14.042/2005.

Preliminarmente, indica ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal na análise dos argumentos apresentados em sede dos embargos de declaração, aludindo aos artigos 30, 146 e 152 da Constituição Federal, 113, parágrafo 2º, do Código Tributário Nacional e 3º da Lei Complementar nº 116/2003.

No mérito, alega transgressão aos artigos 30, inciso I, 146 e 152 da Lei Maior, bem como ao princípio da territorialidade, tendo em vista a cobrança sobre

RE 1167509 RG / SP

fatos estranhos à competência tributária do Município de São Paulo. Sustenta a inconstitucionalidade da disciplina em questão, ante a ocorrência de dupla tributação pelo mesmo fato gerador. Sublinha que a retenção do ISS pelo tomador de serviço, em razão da ausência de cadastro na Secretaria de Finanças de São Paulo do prestador não estabelecido no Município, acaba por onerá-lo duplamente.

Apresenta parecer elaborado pelo professor Aires Barreto, no qual versada a incompetência municipal para eleger, como responsáveis tributários, tomadores de serviços cujos prestadores estejam fora do respectivo território, assim como a natureza não acessória do cadastramento em questão, considerada a inexistência de obrigação principal consistente no pagamento do ISS ao Município de São Paulo e de fundamento jurídico na Constituição Federal, no Código Tributário Nacional e na Lei Complementar nº 116/2003. Afirma não constituir o cadastramento mecanismo hábil para fiscalizar empresas simuladoras de estabelecimentos prestadores de serviços e realça a atribuição de ônus às pessoas jurídicas obrigadas a cumprirem a determinação mencionada.

Frisa a inovação legislativa ocasionada pela norma paulistana em relação à Lei Complementar nº 116/2003, especialmente no tocante à sanção imposta nos casos de inobservância do cadastramento exigido. Assevera que apenas a lei complementar pode tratar de normas gerais de direito tributário, citando o artigo 146 da Constituição Federal. Assinala o conflito da exigência de cadastro obrigatório com o princípio constitucional da vedação ao tratamento discriminatório alusivo à procedência do serviço, observado o teor do artigo 152 da Lei Maior. Ressalta o artigo 3º, primeira parte, da

RE 1167509 RG / SP

Lei Complementar nº 116/2003, a dispor sobre o conflito de competências entre Municípios.

Sob o ângulo da repercussão geral, aduz ultrapassar o tema os limites subjetivos da lide, mostrando-se relevante dos pontos de vista social, econômico e jurídico.

O Município de São Paulo, nas contrarrazões, articula com a ausência de indicação do dispositivo constitucional violado, a necessidade de análise de norma local, a ofensa meramente reflexa à Constituição e a inexistência de repercussão geral da matéria.

No mérito, alude à natureza acessória da obrigação concernente à exigência de cadastramento obrigatório na Secretaria de Finanças imposta às empresas prestadoras de serviços no Município de São Paulo que emitam notas fiscais em outras localidades. Discorre sobre a falta de ônus ao contribuinte com a edição da medida impugnada. Sublinha a possibilidade de o ente público verificar as empresas situadas em outras municipalidades e identificar aquelas que não realizaram o recolhimento dos impostos devidos.

Afirma a incidência do imposto em questão sobre serviços executados no Município de São Paulo, observadas as regras do local de prestação descritas no artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003. Reitera a finalidade fiscalizadora do cadastramento perante a municipalidade, destacando a gratuidade e a viabilidade do serviço. Aponta o julgamento do recurso especial nº 1.140.354/SP, relator ministro Humberto Martins, quando assentada a conformidade da Lei Municipal nº 14.042/2005 com o princípio da territorialidade e versado o interesse do ente tributante no registro dos sujeitos passivos contribuintes do Imposto Sobre Serviço. Cita o

RE 1167509 RG / SP

reconhecimento da constitucionalidade do diploma normativo questionado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo em vista a competência do Município para suplementar a legislação federal e criar mecanismos com o objetivo de evitar a evasão fiscal.

O extraordinário não foi admitido na origem. Seguiu-se a interposição de agravo, desprovido. Formalizado agravo interno, Vossa Excelência reconsiderou a decisão anterior e determinou a tramitação do recurso. O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do extraordinário. Ressalta não haver indicação do dispositivo constitucional considerado violado em face do princípio da territorialidade ou dos incisos constantes dos artigos 146 e 156 da Constituição Federal, circunstância a ensejar a aplicação do verbete nº 284 de Súmula do Supremo. Diz da ausência de prequestionamento, afirmando não mencionados os artigos 30, incisos I e II, 146 e 156 da Constituição Federal na apelação. Pontua a necessidade de reexame de direito local e a existência de ofensa meramente reflexa à Constituição. Saliencia que o Tribunal de origem, na apreciação da ação direta de inconstitucionalidade nº 128.573, assentou a compatibilidade da obrigação com a Lei Complementar nº 116/2003 e a Lei nº 14.042/2005.

Atendeu-se aos pressupostos gerais de recorribilidade. A peça, subscrita por profissionais da advocacia regularmente credenciados, foi protocolada no prazo legal.

2. O defeito formal do extraordinário não procede. O recorrente apontou os preceitos maiores, da

RE 1167509 RG / SP

Constituição Federal, que tem como violados! Em jogo tem-se tratamento tributário conferido pelo Município de São Paulo a prestadores de serviços estabelecidos fora do respectivo território, cujo fato gerador do ISS encontra-se submetido à competência tributária de municipalidade diversa. A obrigação instituída pela Lei municipal nº 14.042/2005 há de ser analisada à luz dos artigos 30, inciso I, 146 e 152 da Constituição Federal. Cumpre ao Supremo examinar o tema, pacificando-o considerada a Lei Maior.

3. Pronuncio-me no sentido de estar configurada a repercussão geral.

4. Insiram o processo no denominado Plenário Virtual.

5. Ao Gabinete, para acompanhar a tramitação do incidente, inclusive quanto a processos que aguardem julgamento. Uma vez admitido o fenômeno, colham o parecer da Procuradoria-Geral da República.

6. Publiquem.

Brasília, 7 de novembro de 2018.

Ministro Marco Aurélio
Relator