V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por advogado regularmente credenciado, foi protocolada no prazo assinado em lei.

Cumpre afastar o que articulado pelo Município de São Paulo no tocante à arguida necessidade de análise de norma local, à apontada violência reflexa ao texto constitucional e à suposta ausência de repercussão geral da matéria. Quanto à ausência de indicação dos dispositivos constitucionais tidos como violados, não procede a irresignação, considerada a afirmação de ofensa aos artigos 30, inciso I, 146 e 152 da Constituição de 1988. A natureza constitucional e a repercussão maior da controvérsia foram assentadas quando do exame do caso, em 29 de novembro de 2018, no Plenário Virtual. Houve 9 votos concluindo pela existência de tema a ser apreciado pelo Supremo.

O caso é emblemático a revelar, em campo sensível do desenvolvimento – o tributário –, a parafernália de leis desordenadas, o Brasil cartorário.

Está em jogo tratamento conferido pelo Município de São Paulo a prestadores de serviços situados fora do respectivo território, no que submetido o fato gerador do Imposto Sobre Serviços – ISS à competência tributária de municipalidade diversa.

A discussão cinge-se ao teor do artigo 9º-A, cabeça e § 2º, da Lei local nº 13.701/2003, com a redação decorrente da Lei nº 14.042/2005:

> Art. 9º-A. O prestador de serviço que emitir nota fiscal autorizada por outro Município, para tomador estabelecido no Município de São Paulo, referente aos serviços descritos nos itens 1, 2, 3 (exceto o subitem 3.04), 4 a 6, 8 a 10, 13 a 15, 17 (exceto os subitens 17.05 e 17.09), 18, 19 e 21 a 40, bem como nos subitens 7.01, 7.03, 7.06, 7.07, 7.08, 7.13, 7.18, 7.19, 7.20, 11.03 e 12.13, todos constantes da lista do "caput" do art. 1° desta lei, fica obrigado a proceder à sua inscrição em cadastro da Secretaria Municipal de Finanças, conforme dispuser o regulamento.
>
> […]
>
> § 2º As pessoas jurídicas estabelecidas no Município de São Paulo, ainda que imunes ou isentas, são responsáveis pelo pagamento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, devendo reter na fonte o seu valor, quando tomarem ou intermediarem os serviços a

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/05/2020 00:00

> que se refere o "caput" deste artigo executados por prestadores de serviços não inscritos em cadastro da Secretaria Municipal de Finanças e que emitirem nota fiscal autorizada por outro Município.
>
> […]

Aludindo a parecer do professor Aires Barreto, o recorrente sustenta inobservado o princípio da territorialidade.

A pretexto de afastar evasão fiscal, o Município de São Paulo estabeleceu obrigação – cadastramento – a contribuinte submetido a imposição tributária de outra municipalidade. Tem-se regência de fatos geradores ocorridos fora do respectivo território.

Mais do que isso, impôs, uma vez descumprida a obrigação de fazer, ônus tributário. Não havendo o cadastramento, o tomador dos serviços fica compelido a reter o valor do tributo. É dizer, o contribuinte, situado em outro Município, tem subtraído do valor dos serviços, mediante retenção, o quantitativo referente ao tributo que, imagina-se, foi recolhido no Município em que estabelecido.

Descabe potencializar a finalidade fiscalizatória do cadastro, permitindo-se, à margem da Constituição Federal, à margem da Lei Complementar disciplinadora – nº 116/2003 –, a criação de encargos por quem não integra a relação jurídica tributária.

Se não há competência para instituição do tributo, como é possível o fisco municipal criar obrigação acessória? O sistema não fecha!

A disciplina versada na norma é estranha ao interesse local, configurando ofensa ao disposto no artigo 30, inciso I, da Lei Maior.

Mostra-se configurada a arguida afronta ao artigo 152 da Carta da República. A medida impugnada dá ensejo a tratamento diferenciado em razão da procedência do serviço, ante o regime peculiar inaugurado visando estabelecimentos situados fora do Município.

Ao imputar ao tomador do serviço a retenção do ISS uma vez descumprida, pelo prestador, a obrigação acessória, a Lei local nº 14.042 /2005, a par de usurpar competência tributária alheia, discrepa, a mais não poder, das balizas formais delineadas na Constituição de 1988.

No intuito de uniformizar o tratamento tributário e evitar disputas entre os entes da Federação quanto à alocação de investimentos privados

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/08/2020 00:00

mediante a concessão de benefícios e renúncia fiscal, situação mais conhecida como "guerra fiscal", o constituinte atribuiu ao legislador complementar federal a previsão de normas gerais em matéria de tributação, nos termos do artigo 146 da Lei das leis, prevendo, entre os temas a serem disciplinados, os conflitos de competência e a definição dos contribuintes no tocante aos impostos.

Especificamente quanto ao ISS, a regência veio por meio da Lei Complementar nº 116/2003, na qual consta, como regra geral, ser o imposto devido, pelo prestador de serviços, no local onde sediado o estabelecimento:

> Art. 3º O serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local:
> […]
> Art. 5º Contribuinte é o prestador do serviço.

Os incisos referidos excepcionam a regra de ser sujeito ativo do tributo o Município em que situado o prestador dos serviços, circunstância diversa da retratada neste processo. O Município de São Paulo não dispôs sobre o sujeito ativo da obrigação tributária. Criou, sim, à margem da Constituição Federal, à margem do Código Tributário, à margem da Lei Complementar nº 116/2003 – lei geral – obrigações acessórias, de cadastramento de contribuinte em Município diverso e, não ocorrido, de retenção do tributo pelo tomador.

A norma, ao estipular a "penalidade" de retenção do ISS pelo tomador dos serviços, nos casos em que o prestador, situado em outro Município, não observar a obrigação acessória de cadastramento na Secretaria Municipal, opera verdadeira modificação do critério espacial e da sujeição passiva do tributo, revelando duas impropriedades formais: a usurpação da competência legislativa da União, a quem cabe editar a norma geral nacional sobre a matéria, e a inadequação do móvel legislativo, considerada a exigência constitucional de veiculação por lei complementar.

A corroborar a óptica, o Pleno, no julgamento do recurso extraordinário nº 172.058, de minha relatoria, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 13 de outubro de 1995, assentou a imprescindibilidade da espécie legislativa para disciplinar os comandos gerais em matéria tributária. Confiram trecho da ementa formalizada na ocasião:

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/08/2020 00:00

> [...]
> TRIBUTO – RELAÇÃO JURÍDICA ESTADO/CONTRIBUINTE – PEDRA DE TOQUE. No embate diário Estado/contribuinte, a Carta Política da República exsurge com insuplantável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro. Dentre as garantias constitucionais explícitas, e a constatação não excluí o reconhecimento de outras decorrentes do próprio sistema adotado, exsurge a de que somente a lei complementar cabe "a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes" – alínea "a" do inciso III do artigo 146 do Diploma Maior de 1988.
> […]

A sistemática descrita na norma do Município de São Paulo, ao passo que imputa ao tomador a retenção do tributo a ser recolhido, discrepando do versado na lei de regência do ISS, conduz à imprecisão na identificação do sujeito ativo da obrigação tributária, revelando inobservância ao princípio da tipicidade, corolário da legalidade tributária.

Ante o exposto, provejo o extraordinário, para declarar incompatível com a Constituição Federal a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da Administração local, instituída pelo Município de São Paulo em desfavor de prestadores de serviços estabelecidos fora da respectiva área, imputada ao tomador a retenção do Imposto Sobre Serviços – ISS quando descumprida a obrigação acessória, assentada a inconstitucionalidade do artigo 9º, cabeça e § 2º, da Lei nº 13.701/2003, com a redação decorrente da Lei nº 14.042/2001.

Proponho a seguinte tese, para efeito de repercussão geral: É incompatível com a Constituição Federal disposição normativa a prever a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da Administração municipal, de prestador de serviços não estabelecido no território do Município e imposição ao tomador da retenção do Imposto Sobre Serviços – ISS quando descumprida a obrigação acessória.

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/08/2020 00:00