

LuÃs Barbosa: DeduÃ§Ã£o de tributos federais de cÃ¡lculo do ISS Ã© legal

O ÃrgÃo Especial do Tribunal de JustiÃa do Estado de SÃo Paulo, em decisÃo unÃnime proferida na sessÃo de 23 de outubro, julgou pela constitucionalidade das Leis dos MunicÃpios de PoÃ (Lei 2.614/97) e de Barueri (LCM 118/02), que autorizam a deduÃo da base de cÃculo do ISS de valores que nÃo representam receitas prÃprias dos prestadores de serviÃos[1].

Dentre as hipÃteses de exclusÃo na base de cÃculo do ISS questionadas pelo MunicÃpio de SÃo Paulo, destacam-se: (i) os tributos federais (IRPJ, CSLL, PIS/COFINS); (ii) os repasses das empresas operadoras de planos de saÃde quanto aos pagamentos a mÃdicos e clÃnicas; (iii) a exclusÃo do valor do bem arrendado relativamente Ãs atividades de arrendamento mercantil; (iv) exclusÃo dos valores repassados pelas agÃncias de turismo para o pagamento de fretes, passagens e estÃdias, dentre outros.

Para fundamentar a suposta inconstitucionalidade dos ajustes Ã base de cÃculo do ISS, a municipalidade de SÃo Paulo alegou, basicamente, que tais exclusÃes seriam manobras para fomentar a guerra fiscal entre os MunicÃpios, de modo a possibilitar a indireta reduÃo da alÃquota mÃnima de 2%, em suposta violaÃo ao artigo 88[2] do ADCT (Atos e DisposiÃes Constitucionais TransitÃrias).

Em contrapartida, foi apontado o fato do artigo 88 da ADCT ter sido objeto da posterior Lei Complementar 116/03, que nada dispÃo sobre a alÃquota mÃnima do ISS, nem mesmo das limitaÃes sobre a concessÃo de isenÃes, incentivos e benefÃcios fiscais. Tal fato demonstra a revogaÃo tÃcita daquele dispositivo constitucional transitÃrio. Outrossim, esclareceram que as deduÃes na base de cÃculo do ISS nÃo deveriam ser classificadas como “incentivo” ou “benefÃcio fiscal”, mas tÃo somente ajustes para a determinaÃo da efetiva receita prÃpria dos prestadores de serviÃo.

Em vista aos argumentos acima resumidos, o ÃrgÃo Especial do TJ-SP julgou improcedentes as AÃes Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas por SÃo Paulo contra Barueri e PoÃ, tendo sido declarada sua constitucionalidade, visto que as exclusÃes na base de cÃculo do ISS nÃo poderiam ser equiparadas a “benefÃcios” ou “incentivos fiscais”, mas sim classificados como necessÃrios ajustes para a determinaÃo da efetiva receita do prestador de serviÃo.

Por conseguinte, ao declarar constitucionais as leis de Barueri e PoÃ, que determinam relevantes ajustes Ã base de cÃculo do ISS (dentre outros, a exclusÃo dos tributos federais), podemos concluir que o TJ-SP indiretamente declarou inconstitucionais todas as demais legislaÃes municipais que nÃo possibilitam tais exclusÃes.

Trata-se de relevante precedente cujos reflexos nÃo se restringem aos contribuintes de Barueri e PoÃ, mas sim a todos os prestadores de serviÃos que atualmente estejam sujeitos ao ISS incidente sobre a totalidade de sua receita de prestaÃo de serviÃos[3].

Diante desta novel decisÃo do ÃrgÃo Especial do TJ-SP, para todos os contribuintes que possuam estabelecimento prestador em municÃpios onde a base de cÃculo do ISS seja a integralidade de suas



receitas, entendemos haver consideráveis chances de êxito de medida judicial objetivando a exclusão dos tributos federais (IRPJ, CSLL, PIS/COFINS) na apuração da base de cálculo do ISS (dentre outras exclusões inerentes aos ajustes para a determinação da receita própria do prestador de serviços), bem como a repetição do indébito tributário relativamente aos últimos cinco anos devidamente atualizados.

Neste contexto, faz-se importante ressaltar que, com base na questionável extensão ao disposto no art. 166 do CTN^[4], o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça restringe a repetição de indébito do ISS tão somente aos contribuintes que comprovem a ausência do repasse do imposto pago a maior ao preço de seus serviços.

Para se evitar o questionamento quanto à aplicabilidade ou não do repasse do indébito do ISS ao tomador dos serviços, recomenda-se ao contribuinte o ajuizamento de ação judicial com pedido de medida liminar, para o imediato reconhecimento do direito aos ajustes na base de cálculo, aplicando-se analogamente as determinações das legislações de Barueri e Poá.

^[1] Referida decisão decorre do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas pelo Município de São Paulo em face dos Municípios de Poá (0268693-38.2012.8.26.0000) e Barueri (0268691-68.2012.8.26.0000), por meio da qual o Município de São Paulo buscava a declaração de inconstitucionalidade das Leis Municipais que preveem deduções da base de cálculo do ISS.

^[2] Referido dispositivo do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional nº 37/2002, determina que enquanto lei complementar não disciplinar as alíquotas máximas e mínimas do imposto, o ISS terá alíquota mínima de 2%, sendo vedado aos Municípios a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais que importem, direta ou indiretamente, na redução de tal alíquota.

^[3] Neste contexto, faz-se relevante esclarecer que, ainda que de forma indireta, o precedente do Órgão Especial do TJ-SP ratifica a tese de exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, objeto de julgamento pelo STF (“Supremo Tribunal Federal”) nos autos do RE nº 240.785-MG, que contou com 6 (seis) votos favoráveis aos contribuintes e cujo julgamento aguarda o trâmite da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 18.

^[4] Neste sentido, citemos o REsp 1.131.476/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 1.2.2010; e REsp 1.323.520/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 10/10/2012.