

STJ00115400

AIRES F. BARRETO

ISS NA CONSTITUIÇÃO E NA LEI

4ª edição

**(Atualizado conforme a Lei Complementar 157/2016,
por Paulo Ayres Barreto)**

editora e livraria

NOESES

2018

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

B26i

Barreto, Aires F.

**ISS na Constituição e na lei / Aires F. Barreto ; Paulo Ayres Barreto. - 4. ed. -
São Paulo : Noeses, 2018.**

784 p. : li. ; 23 cm.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-8310-108-6

**1. Imposto sobre serviços - Legislação - Brasil. I. Barreto, Paulo Ayres. II.
Título.**

18-52514

CDU: 34:336.22(81)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO À 4ª EDIÇÃO	V
À GUISA DE APRESENTAÇÃO (3ª EDIÇÃO).....	VII

TÍTULO I

O ISS NA CONSTITUIÇÃO

CAPÍTULO 1 – AUTONOMIA DOS MUNICÍPIOS.....	3
CAPÍTULO 2 – ISS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	7
2.1 ISS: igualdade e capacidade contributiva	7
2.2 ISS e legalidade	9
2.3 ISS e não confiscatoriedade	15
2.4 ISS e anterioridade	24
2.5 ISS e irretroatividade.....	25
	IX

CAPÍTULO 3 – ARQUÉTIPO CONSTITUCIONAL..	27
3.1 Repartição de competências tributárias.....	27
3.2 A competência tributária dos Municípios e do Distrito Federal para instituir ISS	29
3.3 Serviço	33
3.4 Serviço tributável	34
3.5 O art. 156, III, da Constituição Federal	46
3.6 A cláusula “não compreendidos no art. 155, II”	47
3.7 A cláusula “definidos em lei complementar”	51
3.8 Obrigações de dar e de fazer.....	54
3.9 Classificação dos serviços.....	59
3.9.1 Serviços puros	60
3.9.2 Serviços com emprego de máquinas, veículos, instrumentos e equipamentos	60
3.9.3 Serviços com aplicação de materiais.....	62
3.9.4 Serviços complexos.....	64
3.9.5 Inexistência de serviços “com fornecimento de mercadorias”	65
3.9.6 Mercadorias fornecidas com serviços (art. 155, IX, b).....	66
3.10 Pressupostos negativos (condição)	69
3.11 Serviço público.....	70
3.11.1 Serviço público só é tributável por taxa.....	72
3.12 Serviço desinteressado	79
3.13 Serviço sob vínculo.....	81
3.14 Serviços intributáveis.....	83
3.15 Serviço privado e serviço público.....	84

ISS NA CONSTITUIÇÃO E NA LEI

3.16 <i>Síntese do conceito de serviço</i>	88
Nota de Atualização (Paulo Ayres Barreto) – O conceito de serviço e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal..	90
CAPÍTULO 4 – SERVIÇOS INTRIBUTÁVEIS PELO ISS	103
4.1 Serviços de transporte intermunicipal e interestadual	103
4.2 Serviços de comunicação.....	108
4.3 Advertência necessária.....	110
4.4 Serviço potencial: inexistência	112
4.5 Estremação dos serviços tributáveis e serviços intrIBUTÁVEIS pelo ISS	115
CAPÍTULO 5 – IMUNIDADES E ISS	117
5.1 Considerações introdutórias	117
5.2 Serviços prestados por outras esferas de governo: imunidade ao ISS	123
5.3 Imunidade dos serviços prestados nos templos de qualquer culto	124
5.4 Imunidade dos serviços prestados por partidos políticos, inclusive suas fundações, entidades sindicais de trabalhadores, instituições de educação e de assistência social.....	127
5.4.1 Entidades sem fins lucrativos.....	128
5.4.2 Remuneração de diretores.....	130
5.4.3 Serviços gratuitos: irrelevância	133
5.4.4 Distribuição a qualquer título.....	136
5.5 Imunidade do livro, jornal, periódico e do papel destinado à sua impressão.....	139
5.5.1 A linguagem normativa	148

5.5.2 O significado constitucional de periódico.....	149
5.5.3 O legislador como intérprete da Constituição	151
5.5.4 Vontade da lei e vontade do legislador	153
5.5.5 Restrição ao tipo de periódico: impossibilidade	156
5.6 Imunidade sobre fonogramas e videofonogramas: a Emenda Constitucional 75/2013 (manuscrito inédito, de autoria de Aires F. Barreto)	162
Nota de Atualização (Paulo Ayres Barreto) – A imuni- dade do livro e as recentes decisões do STF	168

TÍTULO II

ISS E LEI COMPLEMENTAR

CAPÍTULO 6 – ISS E A CLÁUSULA “DEFINIDOS EM LEI COMPLEMENTAR”	173
6.1 Considerações iniciais.....	173
6.2 Privatividade de competências e exclusividade de impostos.....	184
6.3 Lista e taxatividade	189
6.4 Lei Complementar 116, de 31 de Julho de 2003: Questões Polêmicas	195
6.4.1 Itens e subitens da lista	195
6.4.2 Transporte de valores no âmbito municipal .	201
6.4.2.1 Início do contrato de transporte	206
6.4.2.2 Dever de custódia dos bens transporta- dos.....	209

ISS NA CONSTITUIÇÃO E NA LEI

6.4.2.3 Transporte de valores dentro de um Município: atividade tipificada no subitem 16.01	210
6.4.3 Licenciamento de uso de “software”	220
6.4.3.1 “Software”: conceito e natureza jurídica	220
6.4.3.2 Licença de uso de “software”	223
6.4.3.3 Não incidência de ICMS no licenciamento de “software”	225
6.4.3.4 Não incidência de ISS no licenciamento de <i>software</i>	230
6.4.3.5 “Software” de prateleira “versus” “software” por encomenda ou “customized”	233
6.4.4 “Factoring”	234
6.4.5 Impressão gráfica	237
Nota de Atualização (Paulo Ayres Barreto) – Os novos itens da lista de serviços, incluídos pela Lei Complementar 157/2016.....	238
CAPÍTULO 7 – ALÍQUOTAS MÁXIMA E MÍNIMA DO ISS	253
7.1 Alíquota máxima.....	253
7.2 Alíquota mínima	254
Nota de Atualização (Paulo Ayres Barreto) – As alíquotas mínimas do ISS e o art. 8º- A da Lei Complementar 116/2003, inserido pela Lei Complementar 157/2016.....	264
CAPÍTULO 8 – ISS E CONFLITOS COM A UNIÃO.	273
8.1 Introdução	273
8.2 Intributabilidade da locação de bens móveis	277

8.2.1	O ISS não é devido por utilidades	286
8.2.2	Locação de bens móveis e o art. 110 do CTN	290
8.2.3	Locação de bens móveis e a decisão do STF.	294
8.3	Intributabilidade da cessão de espaço em bem imóvel	295
8.4	Intributabilidade dos cartões de crédito	300
8.4.1	Contrato entre a administradora de cartão de crédito e os estabelecimentos filiados	302
8.4.2	Contrato entre os titulares do cartão e os estabelecimentos filiados	302
8.4.3	Contrato entre a administradora de cartão de crédito e o titular do cartão de crédito.....	305
8.4.4	Contrato entre a administradora de cartão de crédito e as instituições financeiras	306
8.4.5	Contrato entre os titulares do cartão e as instituições financeiras	307
8.4.6	Discernimento dos contratos e dos seus respectivos objetos.....	309
8.4.7	Fiança e aval: espécies de garantia	311
8.4.8	Valores recebidos pela administradora de cartão de crédito em decorrência da concessão de fiança e aval	315
8.4.9	Operações financeiras (de financiamento ou de crédito) com aval ou fiança “versus” agenciamento e intermediação.....	320
8.4.10	Encargos financeiros: mora do titular do cartão de crédito.....	339
8.4.11	Contrato entre a administradora de cartão de crédito e outra administradora estabelecida apenas no exterior.....	341

8.5	Intributabilidade das atividades ligadas ao setor bancário e financeiro	342
8.6	Intributabilidade da produção de filmes	344
8.6.1	Filmes cinematográficos: questões terminológicas	344
8.6.2	Distribuição.....	345
8.6.3	Alternativas a examinar.....	346
8.6.4	Produção de filmes não é serviço	348
8.6.5	Base de cálculo	351
8.6.6	“Distribuição” pura e simples. Contrato de distribuição. Intributabilidade da primeira; tributabilidade da segunda.....	353
8.6.7	Tributabilidade da exibição de filmes	356
8.7	Intributabilidade da franquia	356
8.7.1	Noção de franquia.....	357
8.7.2	Natureza jurídica	359
8.7.3	Franquia é espécie de cessão de direitos.....	364
8.7.4	Franquia não é serviço.....	369
8.8	Intributabilidade dos planos de saúde	373
8.8.1	Jurisprudência.....	381
	Nota de Atualização (Paulo Ayres Barreto) – A posição atual da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	392
	CAPÍTULO 9 – ISS E CONFLITOS COM OS ESTADOS.....	393
9.1	Serviços tributáveis pelo ISS e serviços tributáveis pelo ICMS	393
9.2	Mercadoria e material: ICMS “versus” ISS	394

9.3	ISS e ICMS: serviços de comunicação, de valor adicionado e televisão por assinatura	404
9.3.1	Viabilização de acesso aos sinais	418
9.4	O ISS e o ICMS não incidem sobre comodato	423
9.5	Instalação e montagem de equipamentos que se agregam ao solo: sujeição ao ISS e não ao ICMS ...	426
9.5.1	A conexão entre os serviços de instalação e montagem, de construção civil	426
9.5.2	Instalação e montagem – aspectos pragmáticos	433
9.5.3	Serviços de instalação e montagem em confronto com os de construção civil	438
9.5.4	Serviços de engenharia consultiva	441
9.5.5	Serviços de construção civil, serviços auxiliares e locação	443
9.6	Telefonia celular e sua sujeição ao ISS ou ao ICMS	448
9.6.1	Habilitação e assinatura	449
9.6.2	Locação de aparelhos celulares	453
9.6.3	Locação de linhas telefônicas	454
9.6.4	Atividades ou facilidades suplementares e eventuais	454
9.7	Confecção de impressos gráficos	456
9.8	“Cyber” cafés e “lan houses”	459
9.9	ISS e transporte marítimo, fluvial e lacustre	462

TÍTULO III

ISS NA LEI ORDINÁRIA

CAPÍTULO 10 – HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ISS	469
--	------------

ISS NA CONSTITUIÇÃO E NA LEI

10.1	Considerações introdutórias	469
10.2	Aspectos da hipótese de incidência tributária.....	471
10.3	Regime jurídico do tributo	478
10.4	Serviço e hipótese de incidência do ISS.....	490
10.5	O ISS não incide sobre resultados.....	493
10.6	O ISS não incide sobre a relação jurídica	494
CAPÍTULO 11 – ASPECTO MATERIAL.....		495
11.1	Consistência: verbo e complemento	495
11.2	Potencialidade e efetividade.....	498
11.3	Habilitação.....	499
11.4	Habitualidade	500
11.5	Finalidade lucrativa.....	501
CAPÍTULO 12 – ASPECTO TEMPORAL.....		505
12.1	O momento de ocorrência. Limites	505
12.2	Serviços fracionáveis e não fracionáveis	506
12.2.1	Serviços fracionáveis e não fracionáveis: novas observações	515
CAPÍTULO 13 – ASPECTO ESPACIAL.....		517
13.1	Considerações iniciais.....	517
13.1.1	Os limites da lei complementar na evitação de conflitos	517
13.1.2	Conflitos de competência entre Municípios .	520
13.1.3	Conflitos entre Municípios: novas observações	523
13.2	A tese da prevalência do estabelecimento prestador	530

13.2.1	Noção de estabelecimento.....	530
13.2.2	Noção de estabelecimento prestador	531
13.2.3	O art. 3º da Lei Complementar 116/2003.....	532
13.2.4	O local do estabelecimento prestador	537
13.2.5	Requisitos para a configuração do estabelecimento prestador	538
13.3	Local da prestação dos serviços	539
13.3.1	Cautelas necessárias.....	539
13.3.2	A definição do “quando” para que se saiba “onde”	540
13.3.3	Circunstâncias irrelevantes.....	542
13.3.3.1	Local onde são celebrados os contratos.....	542
13.3.3.2	Irrelevância do lugar onde são emitidos, escriturados ou contabilizados os documentos fiscais.....	543
13.3.4	Local do usuário (tomador) do serviço.....	543
13.4	Local da prestação dos serviços: jurisprudência...	547
13.4.1	Vacilação.....	547
13.4.2	As recentes decisões do STJ.....	554
13.4.3	O equívoco de “dividir” a prestação de serviço	558
13.5	A única conclusão segura	563
13.6	Serviços prestados por autônomos, não estabelecidos	566
	Nota de Atualização (Paulo Ayres Barreto) – As novas hipóteses de definição do aspecto espacial do ISS, conforme a Lei Complementar 157/2016.....	570

CAPÍTULO 14 – ASPECTO PESSOAL	581
14.1 Sujeição ativa.....	581
14.2 Sujeição passiva	583
14.3 Sujeição passiva: doutrina.....	586
14.3.1 Considerações gerais	586
14.3.2 Sujeição passiva direta e indireta	587
14.4 ISS e substituição	591
CAPÍTULO 15 – ASPECTO QUANTITATIVO	597
15.1 Base de cálculo do ISS Considerações introdutórias	597
15.1.1 Observações adicionais	599
15.2 Preço do serviço.....	602
15.3 O conceito de receita: observações necessárias	605
15.3.1 Receita e ingressos.....	605
15.3.1.1 O conceito doutrinário de receita	608
15.3.1.2 O conceito de receita inferido de decisões judiciais.....	611
15.3.2 Receita e receita bruta.....	617
15.3.2.1 Primeira hipótese de não inclusão: valores que compõem outros negócios jurídicos.....	621
15.3.2.2 Segunda hipótese de não inclusão: valores referentes a tributos exigidos por outras esferas de governo	622
15.3.2.3 Terceira hipótese de não inclusão: despesas e valores de terceiros.....	625

15.3.2.4	Quarta hipótese de não inclusão: valores que constituem meros reembolsos de despesas	628
15.3.2.5	Quinta hipótese de não inclusão: o preço do serviço é o preço para pagamento à vista.....	632
15.3.2.6	Sexta hipótese de não inclusão: descontos concedidos	638
15.4	Identificação do preço em certas atividades	639
15.4.1	Base de cálculo do ISS no <i>software</i>	641
15.4.2	Valores que não integram a base de cálculo no trabalho temporário	642
15.4.3	Valores que não integram a base de cálculo no arrendamento mercantil.....	643
15.4.4	Valores que não integram a base de cálculo nos planos de saúde	645
15.4.5	Valores que não integram a base de cálculo nos serviços de construção civil	646
15.5	Trabalho pessoal do próprio contribuinte: base diversa do preço.....	651
15.5.1	Serviços notariais e de registro: base de cálculo	655
15.5.2	Base de cálculo do ISS: sociedade de profissionais	662
15.5.3	Habilitação profissional.....	671
15.5.4	Recepção, pela Constituição de 1988, do Decreto-lei 406/68, alterado pelo Decreto-lei 834/69, com a redação da Lei Complementar 56/87 ..	680
15.6	ISS: Cumulatividade ou múltipla incidência.....	684
15.7	Base de cálculo: regime de estimativa	691
15.8	Alíquotas	692

ISS NA CONSTITUIÇÃO E NA LEI

15.8.1 Alíquotas máximas	695
15.8.2 Alíquotas mínimas	698
15.8.3 Uniformização de alíquotas	701
15.8.4 Alíquota e “bis in idem”	702
Nota de Atualização (Paulo Ayres Barreto) – Confor- mção da base de cálculo e a Lei Complementar 157/2016	703

TÍTULO IV

ISS E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

CAPÍTULO 16 – LIBERDADE DE CONTRATAR	709
16.1 Liberdade de contratar e opção do particular	709
16.2 Liberdade de contratar e a estruturação de negócios	712
16.3 Elisão e evasão fiscal	715
16.4 Simulação e dissimulação	716
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	725