

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

<b>APRESENTAÇÃO À 4ª EDIÇÃO .....</b>	<b>V</b>
<b>À GUISA DE APRESENTAÇÃO (3ª EDIÇÃO).....</b>	<b>VII</b>

## TÍTULO I

### O ISS NA CONSTITUIÇÃO

<b>CAPÍTULO 1 – AUTONOMIA DOS MUNICÍPIOS.....</b>	<b>3</b>
<b>CAPÍTULO 2 – ISS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS</b>	<b>7</b>
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
	<b>IX</b>

<b>CAPÍTULO 3 – ARQUÉTIPO CONSTITUCIONAL..</b>	<b>27</b>
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
<b>Nota de Atualização (Paulo Ayres Barreto) – O conceito de serviço e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal..</b>	<b>90</b>
<b>CAPÍTULO 4 – SERVIÇOS INTRIBUTÁVEIS PELO ISS</b>	<b>103</b>
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
<b>CAPÍTULO 5 – IMUNIDADES E ISS .....</b>	<b>117</b>
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
<b>Nota de Atualização (Paulo Ayres Barreto) – A imuni- dade do livro e as recentes decisões do STF .....</b>	<b>168</b>

## TÍTULO II

### ISS E LEI COMPLEMENTAR

<b>CAPÍTULO 6 – ISS E A CLÁUSULA “DEFINIDOS EM LEI COMPLEMENTAR” .....</b>	<b>173</b>
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
<b>Nota de Atualização (Paulo Ayres Barreto) – Os novos itens da lista de serviços, incluídos pela Lei Complementar 157/2016.....</b>	<b>238</b>
<b>CAPÍTULO 7 – ALÍQUOTAS MÁXIMA E MÍNIMA DO ISS .....</b>	<b>253</b>
7.1 Alíquota máxima.....	253
7.2 Alíquota mínima .....	254
<b>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.....</b>	<b>264</b>
<b>CAPÍTULO 8 – ISS E CONFLITOS COM A UNIÃO.</b>	<b>273</b>
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



## ISS NA CONSTITUIÇÃO E NA LEI

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
	<b>Nota de Atualização (Paulo Ayres Barreto) – A posição atual da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</b>	<b>392</b>
	<b>CAPÍTULO 9 – ISS E CONFLITOS COM OS ESTADOS.....</b>	<b>393</b>
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

<b>CAPÍTULO 10 – HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ISS</b>	<b>469</b>
--	------------

## 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
<b>CAPÍTULO 11 – ASPECTO MATERIAL.....</b>		<b>495</b>
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
<b>CAPÍTULO 12 – ASPECTO TEMPORAL.....</b>		<b>505</b>
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
<b>CAPÍTULO 13 – ASPECTO ESPACIAL.....</b>		<b>517</b>
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
	<b>Nota de Atualização (Paulo Ayres Barreto) – As novas hipóteses de definição do aspecto espacial do ISS, conforme a Lei Complementar 157/2016.....</b>	<b>570</b>

<b>CAPÍTULO 14 – ASPECTO PESSOAL .....</b>	<b>581</b>
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
<b>CAPÍTULO 15 – ASPECTO QUANTITATIVO .....</b>	<b>597</b>
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
<b>Nota de Atualização (Paulo Ayres Barreto) – Confor-</b> <b>mção da base de cálculo e a Lei Complementar 157/2016</b>	<b>703</b>

## TÍTULO IV

## ISS E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

<b>CAPÍTULO 16 – LIBERDADE DE CONTRATAR .....</b>	<b>709</b>
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
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>725</b>