

EMENDA Nº 13 – PLENÁRIO
Ao SUBSTITUTIVO DA CAE AO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº
386, DE 2012

Exclua-se o item 4.24 (“*Confecção de lentes oftalmológicas sob encomenda*”) das modificações à lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 promovida pelo art. 3º do Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 386, de 2012:

JUSTIFICAÇÃO

A presente emenda tem por objetivo excluir das atividades alcançadas pelo ISS aquela de “confecção de lentes oftalmológicas sob encomenda”. Esta exclusão se faz necessária quando se constata que o conteúdo essencial dessa atividade é a entrega de um produto – no caso físico – ao cliente, configurando inequívoca circulação de mercadoria. Quando a lista de serviços envolve atividades de transformação física de mercadorias, em seu capítulo 14, faz a imprescindível ressalva de que trata-se de atividades desenvolvidas em bens de terceiros. Da forma como descrito o novo item 4.24, ignora-se essa restrição, e abrange-se pelo ISS, indevidamente, uma atividade de industrialização que entrega ao cliente um produto físico acabado – o que absolutamente não pode ser considerado um serviço.

Trata-se de reivindicação dos Secretários Estaduais de Fazenda, preocupados com a correta especificação dos fatos geradores do ICMS para evitar perdas arrecadatórias e descumprimento da Constituição.

E assiste razão aos Estados, pois a lei complementar não tem discricionariedade para “escolher” o que é serviço e o que não é. Como bem assentou o Superior Tribunal de Justiça (RE 1.060.210 - SC - 2008/0110109-8):

2. A Constituição utiliza os conceitos de direito no seu sentido próprio, com que implícita a norma do artigo 110, do CTN, que interdita a alteração da categorização dos institutos.

3. Consectariamente, qualificar como serviço a atividade que não ostenta essa categoria jurídica implica em violação bifronte ao preceito constitucional, porquanto o texto maior a utiliza não só no sentido próprio, como também o faz para o fim de repartição tributária-constitucional (RE 116121/SP).

5. A dicção constitucional, como evidente, não autoriza que a lei complementar inclua no seu bojo atividade que não represente serviço e, a fortiori, obrigação de fazer, porque a isso corresponderia franquear a modificação de competência tributária por lei complementar, com violação do pacto federativo, inalterável sequer pelo poder constituinte, posto blindado por cláusula pétrea.

6. O conceito pressuposto pela Constituição Federal de serviço e de obrigação de fazer corresponde aquele emprestado pela teoria geral do direito, segundo o qual o objeto da prestação é uma conduta do obrigado, que em nada se assemelha ao dare, cujo antecedente necessário é o repasse a outrem de um bem preexistente, a qualquer título, consoante a homogeneidade da doutrina nacional e alienígena, quer de Direito Privado, quer de Direito Público.

Ainda que o montante envolvido seja potencialmente pequeno, por não representar um setor com grande volume de vendas, o que está em jogo na emenda é muito mais crítico: a inclusão como serviço de processos de industrialização que envolvem em seu cerne o

fornecimento do bem físico ao consumidor final – não como figura acessória ou instrumental, mas como a própria natureza da prestação objeto do negócio. Uma vez validada pelo Congresso Nacional essa prática, não restarão limites à arbitrariedade da lei federal em redesenhar, ao sabor das circunstâncias e de que esfera de governo faz mais pressão política, conceitos jurídicos que a Constituição tem por inequívocos. Far-se-ia, portanto, por via transversa e de mera lei complementar, uma revisão das relações federativas insculpidas diretamente na Constituição.

A emenda, portanto, exclui essa possibilidade, mantendo essa atividade típica de industrialização como parte integrante dos fatos geradores do ICMS.

Senador PEDRO TAQUES
PDT/MT