

Retenções na Fonte ISSQN



Edilson Pereira de Godoy

Professor na EVG – escola Virtual de Governo da Gepam, Advogado Tributarista; Economista e Contabilista, com especialização em gestão da qualidade total, pós-graduado em Metodologia e Gestão em EAD, pós-graduado em Direito Processual Civil, pós-graduado em Gestão Pública, e Mestre em Administração Econômico-Financeira pela CEAPOG de São Caetano do Sul/SP; e em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Professor Universitário de graduação e pós-graduação, das áreas de direito e de finanças, membro do Grupo de Pesquisa sobre Improbidade Administrativa da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Atuou por mais de uma década como Fiscal de Rendas da Prefeitura Municipal de Pirassununga/SP; foi integrante da “Comissão de Análise e Estudo do DIPAM” na mesma Prefeitura; foi Secretário Municipal de Finanças e Secretário Municipal de Segurança Pública, é Consultor Assessor de diversas Prefeituras Municipais; Consultor de empresas privadas e Empresário da área de telecomunicações; Autor de artigos e trabalhos publicados; É professor convidado da USP e da UNICAMP, autor do livro “Manual Prático de Tributação Municipal”, e do ensino de Fiscalização a Distância e de capítulos dos livros LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO e AÇÕES COLETIVAS E CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA





O direito administrativo prevê vários tipos de contratos: Fornecimento; de obra pública; de prestação de serviços: comuns; técnico profissionais; técnico profissionais especializados, porém a característica relevante para este estudo é a obrigação de fazer representada pela prestação de serviços, pois, só encontraremos as hipóteses de incidência das retenções nos contratos cujo objeto seja a prestação de serviços, que por sua vez representam “obrigação de fazer”. Veremos a inovação do conceito pela novel interpretação do Supremo Tribunal Federal.



Hoje, nas tesourarias municipais, essas hipóteses de incidência, ocorrem em apenas três casos: IRRF; INSS e ISS, respectivamente, da mais antiga para a mais recente modalidade de retenção instituída. E, independem de acordos ou convênios, visto tratar-se, direta ou indiretamente, de mandamento constitucional, reunindo, dessa forma, algumas características comuns aplicáveis aos entes da administração pública dotados de autonomia conforme preceitua o art.18 da Carta Magna.



As demais hipóteses não foram citadas exatamente pelo fato de que não se aplicam às tesourarias públicas, são elas: ICMS; CSLL; PIS e Cofins, sendo que, estas três últimas dependem de convênio firmado isoladamente entre o ente meramente arrecadador e ente tributante, conforme aduz o art. 33 da Lei 10.833/03 alterada pela 10.925/04, base da IN 459/04, com última alteração pela IN 1151/2011.



O instituto da retenção é consequência, quase natural, da responsabilidade tributária que se instala na relação jurídico-tributária a partir do desenho legal do código tributário e da constituição.

"O vínculo obrigacional que corresponde ao conceito de tributo nasce, por força de lei, da ocorrência do fato imponível. A configuração do fato (aspecto material), sua conexão com alguém (aspecto pessoal), sua localização (aspecto espacial) e sua consumação num momento fático determinado (aspecto temporal), reunidos, unitariamente determinam inexoravelmente o efeito jurídico desejado pela lei: criação de uma obrigação jurídica concreta, a cargo de pessoa determinada, num momento preciso".



ART. 121 DO CTN

Sujeito passivo será contribuinte, nos termos do inciso I do parágrafo único do citado artigo, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador. Por outro lado, o sujeito passivo será responsável, nos termos do inciso II, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sem ter relação pessoal e direta com o fato gerador respectivo, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.



Temos ainda, a autorização constitucional, fundamental para a compreensão do que podemos chamar de “instituto da retenção” é introduzida pela Emenda Constitucional 3/93, diz a Carta Maior no § 7º do art. 150:

“Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

§ 7º - A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável (121, único, II, CTN – sentido estrito) pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”. (grifo nosso)



O processamento da despesa pública

Antes de se falar em momento da retenção, e nos referimos a momento como sendo a fase do processamento da despesa pública, e preciso retomar que a despesa pública é ato formal, vinculado e segue rito próprio, estabelecido pela vigente Lei 4.320/64, “Lei da Contabilidade Pública” combinado com a Lei das Licitações e Contratos Públicos conforme já verificamos em capítulo anterior. Dessa forma, da análise dos institutos ali previstos mais nos interessa o procedimento de *assunção e cessação da obrigação de pagar*.



Em tesouraria, os procedimentos adotados devem refletir as normas instituídas: por decreto, por Instrução Normativa de Controle Interno, ou por outro órgão legalmente instituído, se houver, ou ainda, pôr um conjunto de praticas geralmente aceitas, ao abrigo da legislação. Denota-se com isso a liberdade administrativa dos poderes, entidades autarquias e outras unidades paraestatais, para a definição de suas normas e procedimentos, porém, dessa liberdade resultou, que até hoje, em poucas iniciativas de aprimoramento, desenvolvimento e implementação de normas técnicas em tesouraria.



Momento das retenções

A retenção é um destes procedimentos de tesouraria, uma vez que o ato administrativo de pagamento (art. 62, 64 e 65 da 4.320/64) se opera em tesouraria, por dois motivos: a) a retenção só existe, e somente se concretiza no mundo dos fatos no momento do pagamento, não há que se falar em retenção contábil ou reserva contábil, no mundo dos fatos só ocorre retenção no ato “administrativo” do pagamento; b) os valores retidos constituem receitas que, na mesma esteira do que foi dito, só ocorre no ato do pagamento. Daí decore a responsabilidade funcional do tesoureiro.



A geração de receitas

Num segundo momento, todas as retenções praticadas constituem receitas orçamentárias ou extraorçamentárias. As receitas orçamentárias são classificadas como receitas tributárias, como é o caso do ISS e do IRRF. Já as receitas extraorçamentárias originam os repasses financeiros aos órgãos estatais incumbidos de sua arrecadação, consistindo numa antecipação de parte do recolhimento em nome do prestador do serviço (contribuinte), como é o caso do INSS.

Embora esse repasse financeiro seja classificado como despesa extraorçamentária na execução, não se trata de despesa pública propriamente dita e sim, consiste no encaminhamento dos recursos de terceiros, retidos no ato do pagamento, destinados à extinção do crédito tributário cuja responsabilidade foi transferida ao tomador por mera ficção legal, assumindo o tomador a responsabilidade solidária.



Consequências pela não retenção

Na administração pública as consequências pela não retenção vão além daquelas previstas nas normas que instituem cada espécie de retenção, e que atingem todas as pessoas jurídicas. Em especial, no poder público, os casos de retenção, quando não observados lesam o patrimônio público gerando consequências, pessoais, tanto para o gestor público (político) quanto para os servidores envolvidos.



O controle da arrecadação

Por tudo o que foi apresentado neste capítulo, as retenções figuram, como eficientes mecanismos de controle da arrecadação do respectivo tributo, uma vez que parte ou a totalidade do tributo é antecipada em nome do contribuinte - sujeito passivo original da obrigação principal, fica assim, provável e esperada a arrecadação da parcela restante, bem como, fica subentendida e demonstrada sua base de cálculo, surge para o ente tributante a expectativa do cumprimento de obrigação acessória se imposta, surge também a possibilidade de conferência das informações obtidas pelo intermédio da obrigação acessória e a realidade verificada na arrecadação já efetuada pelo contribuinte.



RETENÇÃO NA FONTE DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS

Sumario: 1. Do caso geral; 1.1. Da lista de retenções; 2. Caso específico - pessoa jurídica; 3. Nova hipótese; 4. Conceitos; 4.1. Conceito de responsabilidade tributária; 4.2. Conceito de Competência Tributária; 4.2.1 Regra geral; 4.2.2. Regra de exceção. 5. Trabalho pessoal – pessoa física. 6. sociedade de profissionais – pessoa física. 7. Retenção na fonte pelos órgãos públicos; 8. Conclusão; 9. Referências.



PROCESSO

AgInt no AREsp 1866385 / DF
AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
2021/0094247-0

RELATOR Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116) ÓRGÃO JULGADOR

T2 - SEGUNDA TURMA

DATA DO JULGAMENTO 16/05/2022

V - Ainda que ultrapassados os referidos óbices, a atual jurisprudência do STJ entende que a competência para cobrança do ISS é do local do estabelecimento do prestador em que haja uma unidade econômica ou profissional capaz de realizar o serviço, de modo permanente ou temporário.



PROCESSO AgInt no REsp 1774005 / SP
AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2018/0270388-6
RELATOR Ministro HERMAN BENJAMIN (1132)
ÓRGÃO JULGADOR T2 - SEGUNDA TURMA
DATA DO JULGAMENTO 11/06/2019

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ISS. SUJEIÇÃO ATIVA. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO. RESP 1.060.210/SC. LEI COMPLEMENTAR 116/2003. SERVIÇOS MÉDICOS. COMPETÊNCIA PARA COBRANÇA. FATO GERADOR. MUNICÍPIO EM QUE O SERVIÇO É EFETIVAMENTE PRESTADO.



LEI COMPLEMENTAR Nº 116, DE 31 DE JULHO DE 2003

Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências.

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§ 1º O imposto incide também sobre o serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País.



§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

§ 3º O imposto de que trata esta Lei Complementar incide ainda sobre os serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos explorados economicamente mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço.

§ 4º A incidência do imposto não depende da denominação dada ao serviço prestado.



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: (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

I – do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, na hipótese do § 1º do art. 1º desta Lei Complementar;

II – da instalação dos andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas, no caso dos serviços descritos no subitem 3.05 da lista anexa;

III – da execução da obra, no caso dos serviços descritos no subitem 7.02 e 7.19 da lista anexa;

IV – da demolição, no caso dos serviços descritos no subitem 7.04 da lista anexa;



V – das edificações em geral, estradas, pontes, portos e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.05 da lista anexa;

VI – da execução da varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer, no caso dos serviços descritos no subitem 7.09 da lista anexa;

VII – da execução da limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.10 da lista anexa;

VIII – da execução da decoração e jardinagem, do corte e poda de árvores, no caso dos serviços descritos no subitem 7.11 da lista anexa;

IX – do controle e tratamento do efluente de qualquer natureza e de agentes físicos, químicos e biológicos, no caso dos serviços descritos no subitem 7.12 da lista anexa;



XII - do florestamento, reflorestamento, semeadura, adubação, reparação de solo, plantio, silagem, colheita, corte, descascamento de árvores, silvicultura, exploração florestal e serviços congêneres indissociáveis da formação, manutenção e colheita de florestas para quaisquer fins e por quaisquer meios; (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

XIII – da execução dos serviços de escoramento, contenção de encostas e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.17 da lista anexa;

XIV – da limpeza e dragagem, no caso dos serviços descritos no subitem 7.18 da lista anexa;

XV – onde o bem estiver guardado ou estacionado, no caso dos serviços descritos no subitem 11.01 da lista anexa;



XVI - dos bens, dos semoventes ou do domicílio das pessoas vigiados, segurados ou monitorados, no caso dos serviços descritos no subitem 11.02 da lista anexa; (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

XVII – do armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda do bem, no caso dos serviços descritos no subitem 11.04 da lista anexa;

XVIII – da execução dos serviços de diversão, lazer, entretenimento e congêneres, no caso dos serviços descritos nos subitens do item 12, exceto o 12.13, da lista anexa;

XIX - do Município onde está sendo executado o transporte, no caso dos serviços descritos pelo item 16 da lista anexa; (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)



XX – do estabelecimento do tomador da mão-de-obra ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.05 da lista anexa;

XXI – da feira, exposição, congresso ou congênere a que se referir o planejamento, organização e administração, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.10 da lista anexa;

XXII – do porto, aeroporto, ferroporto, terminal rodoviário, ferroviário ou metroviário, no caso dos serviços descritos pelo item 20 da lista anexa.

XXIII - do domicílio do tomador dos serviços dos subitens 4.22, 4.23 e 5.09; (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

XXIV - do domicílio do tomador do serviço no caso dos serviços prestados pelas administradoras de cartão de crédito ou débito e demais descritos no subitem 15.01; (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)



XXV - do domicílio do tomador do serviço do subitem 15.09. (Redação dada pela Lei Complementar nº 175, de 2020)

§ 1º No caso dos serviços a que se refere o subitem 3.04 da lista anexa, considera-se ocorrido o fato gerador e devido o imposto em cada Município em cujo território haja extensão de ferrovia, rodovia, postes, cabos, dutos e condutos de qualquer natureza, objetos de locação, sublocação, arrendamento, direito de passagem ou permissão de uso, compartilhado ou não. (Vide ADIN 3142)

§ 2º No caso dos serviços a que se refere o subitem 22.01 da lista anexa, considera-se ocorrido o fato gerador e devido o imposto em cada Município em cujo território haja extensão de rodovia explorada.

§ 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no local do estabelecimento prestador nos serviços executados em águas marítimas, excetuados os serviços descritos no subitem 20.01.



§ 4º Na hipótese de descumprimento do disposto no caput ou no § 1º, ambos do art. 8º-A desta Lei Complementar, o imposto será devido no local do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

§ 5º Ressalvadas as exceções e especificações estabelecidas nos §§ 6º a 12 deste artigo, considera-se tomador dos serviços referidos nos incisos XXIII, XXIV e XXV do caput deste artigo o contratante do serviço e, no caso de negócio jurídico que envolva estipulação em favor de unidade da pessoa jurídica contratante, a unidade em favor da qual o serviço foi estipulado, sendo irrelevantes para caracterizá-la as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas. (Incluído pela Lei Complementar nº 175, de 2020)



Art. 4º Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Art. 5º Contribuinte é o prestador do serviço.



Art. 6º Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais.

§ 1º Os responsáveis a que se refere este artigo estão obrigados ao recolhimento integral do imposto devido, multa e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte.



II – a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária dos serviços descritos nos subitens 3.05, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da lista anexa a esta Lei Complementar, exceto na hipótese dos serviços do subitem 11.05, relacionados ao monitoramento e rastreamento a distância, em qualquer via ou local, de veículos, cargas, pessoas e semoventes em circulação ou movimento, realizados por meio de telefonia móvel, transmissão de satélites, rádio ou qualquer outro meio, inclusive pelas empresas de Tecnologia da Informação Veicular, independentemente de o prestador de serviços ser proprietário ou não da infraestrutura de telecomunicações que utiliza; (Redação dada pela Lei Complementar nº 183, de 2021)

III - a pessoa jurídica tomadora ou intermediária de serviços, ainda que imune ou isenta, na hipótese prevista no § 4º do art. 3º desta Lei Complementar. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

IV - as pessoas referidas nos incisos II ou III do § 9º do art. 3º desta Lei Complementar, pelo imposto devido pelas pessoas a que se refere o inciso I do mesmo parágrafo, em decorrência dos serviços prestados na forma do subitem 15.01 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar. (Incluído pela Lei Complementar nº 175, de 2020)



LEI COMPLEMENTAR N. 123/06 – SIMPLES NACIONAL

Art. 13.....

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

XIV - ISS devido:

- a) em relação aos serviços sujeitos à substituição tributária ou retenção na fonte;
- b) na importação de serviços;

OBRIGADO!



GEPAM



(19) 99726-5537



@gepamconsultoria



edilsongosch@gmail.com



GEPAM – Gestão Pública

Edilson Pereira de Godoy



(11) 91050-0743



gepam@gepam.adm.br

