

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 190 SÃO PAULO**

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
REQTE.(S) : **GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**
INTDO.(A/S) : **PREFEITO MUNICIPAL DA ESTÂNCIA
HIDROMINERAL DE POÁ**
AM. CURIAE. : **MUNICÍPIO DE BARUERI**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE BARUERI**
AM. CURIAE. : **MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO
ALEGRE**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE
FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF**
ADV.(A/S) : **RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA**
AM. CURIAE. : **MUNICIPIO DE SAO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICIPIO DE SÃO
PAULO**

DECISÃO: Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada pelo Governador do Distrito Federal contra os arts. 190, § 2º e 191, §§ 6º e 7º, da Lei 2.614/1997, do Município de Poá, na redação dada pelas Leis 3.269/2007 e 3.276/2007.

Transcreve-se o teor dos dispositivos impugnados:

“Art. 190 A base de cálculo do imposto é o preço do serviço, assim considerada a receita bruta.

(...)

§ 2º Não serão incluídos no preço do serviço:

(...)

II – os seguintes tributos federais, relativos à prestação de serviços tributáveis, ocorridos no mesmo mês de competência:

- a) Imposto de Renda de Pessoa Jurídica;
- b) Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido;
- c) PIS/PASEP;
- d) COFINS.

Art. 191 A base de cálculo do Imposto Sobre Serviços é o preço do serviço, assim considerada a receita bruta, a qual se

ADPF 190 MC / SP

aplica mensalmente a alíquota constante na Tabela XVI do artigo 184.

(...)

§ 6º Não serão incluídos no preço do serviço:

(...)

II – os seguintes tributos federais, relativos à prestação de serviços tributáveis, ocorridos no mesmo mês de competência:

a) Imposto de Renda Pessoa Jurídica;

b) Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido;

c) PIS/PASEP;

d) COFINS.

§ 7º Na prestação de serviço a que se refere o subitem 15.09 da Lista de Serviços não será incluído no preço do serviço o valor do bem, na proporção do valor arrendado.”

Sustenta-se que os dispositivos atacados afrontariam o art. 1º, *caput*, da parte dogmática, e o art. 88 do ADCT, ambos do Texto Constitucional, uma vez que concederiam benefícios fiscais que burlariam a alíquota mínima de ISS.

Alega-se, ainda, o seguinte:

“Embora estabeleça em tese a alíquota mínima constitucionalmente determinada, na norma impugnada, o município de Poá estabelece abatimentos na base cálculo do ISS que representam na verdade uma redução do valor mínimo do imposto devido.

(...)

A intenção clara da norma impugnada foi burlar a determinação constitucional e manter a atratividade para prestadores de serviços, violando claramente o princípio federativo. A alíquota do ISS – antes fixada entre 0,25 e 1% – será de 2%. Como aumento do ISSQN poderia espantar empresas instaladas em Poá, o prefeito criou nova forma de se calcular o imposto, excluindo da base de cálculo toda a despesa decorrente com outros impostos.” (eDOC 1, p. 10).

Por fim, pugna-se pela declaração de inconstitucionalidade dos

ADPF 190 MC / SP

instrumentos normativos contestados, nos seguintes termos:

“(…) seja julgado procedente o presente pedido para o fim de que esta Egrégia Corte de Justiça declare a inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, dos artigos 190, § 2º e 191, §§ 6º e 7º da Lei 2.614/1997 do Município de Poá, na redação dada pelas Leis 3.269/2007 e 3.276/2007.” (eDOC 1, p. 16)

A Prefeitura Municipal de Poá prestou informações, nas quais afirma que o tributo foi estabelecido em conformidade com as diretrizes constitucionais e a Lei Complementar 116/2003.

A Advocacia-Geral da União (eDOC 12) e a Procuradoria-Geral da República (eDOC 15) opinaram pelo conhecimento parcial da arguição e, no mérito, pela sua procedência parcial, para que seja declarada a inconstitucionalidade dos arts. 190, § 2º, II e 191, § 6º, II e § 7º, da Lei 2.614/1997 do Município de Poá.

É o relatório.

Inicialmente, em decorrência da própria jurisprudência desta Corte, a qual define que compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental.

Veja-se, a propósito, a ementa da ADPF-QO 1, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 07.11.2003

Nesse sentido, o ilustre Ministro Gilmar Mendes bem explicitou na ADPF-MC 33 o esforço hermenêutico a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal: *“É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais de um determinado sistema”*.

No caso das próprias alegações das partes envolvidas, depreende-se que a forma federativa de Estado coloca-se em questão, por via de sua dimensão fiscal. Logo, há preceito fundamental supostamente descumprido a ser sindicável.

Do mesmo modo, verifica-se estar presente o requisito da

ADPF 190 MC / SP

subsidiariedade, uma vez que não se vislumbra qualquer outra ação constitucional com aptidão para evitar a lesividade ao preceito supracitado.

Confirmam-se os seguintes julgados: ADPF 127, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, e ADPF 33, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006.

Igualmente, observa-se a legitimidade ativa da parte Requerente para pleitear em juízo medida judicial de salvaguarda ao federalismo fiscal, principalmente por conta da natureza dúplice, estadual e municipal, em termos de competência tributária que frui o Distrito Federal.

No entanto, a presente arguição não pode ser conhecida em sua inteireza, porquanto do alegado pela parte Autora só se extrai impugnação aos arts. 190, §2º, II; e 191, §6º, II, e §7º, da Lei 2.614/97 do Município de Poá.

Nesse sentido, o restante dos dispositivos apontados não devem ser conhecidos, diante de patente ausência de fundamentação jurídica.

Cito os seguintes julgados: ADI 4.284, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 15.06.2015; e ADI-MC 2.213, de relatoria do Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 23.04.2004.

Passado o plano da admissibilidade, tem-se hipótese de aplicação do art. 5º, §1º, da Lei 9.882/99, tendo em vista que o perigo de lesão grave à higidez financeira de diversas outras municipalidades desde 1997, sem qualquer pronunciamento por parte desta Suprema Corte.

Além disso, a presente decisão ocorre na ultima semana anterior ao recesso, o que indica baixa probabilidade de ser levada a questão ao Tribunal Pleno tempestivamente.

Nesses termos, passo ao exame da medida liminar.

Inicialmente, verifica-se que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que lei municipal não pode definir base de cálculo de imposto, visto que se trata de matéria reservada à lei complementar.

Na presente hipótese, a lei impugnada estabelece que o ISSQN deve incidir sobre o “preço do serviço”, o que exclui os “tributos federais

ADPF 190 MC / SP

relativos à prestação de serviços tributáveis” e o valor do bem envolvido em contratos de arrendamento mercantil.

Assim, de um mero cotejo entre a lei atacada e a Lei Complementar 116/03, percebe-se a invasão de competência por parte do Município de Poá em relação às competências da União, o que caracteriza vício formal de inconstitucionalidade.

A esse respeito, confirmam-se os seguintes precedentes:

“IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – VALORES DE DESCONTOS INCONDICIONAIS – BASE DE CÁLCULO – INCLUSÃO – ARTIGO 15 DA LEI Nº 7.798/89 – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – LEI COMPLEMENTAR – EXIGIBILIDADE. Viola o artigo 146, inciso III, alínea “a”, da Carta Federal norma ordinária segundo a qual hão de ser incluídos, na base de cálculo do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, os valores relativos a descontos incondicionais concedidos quando das operações de saída de produtos, prevalecendo o disposto na alínea “a” do inciso II do artigo 47 do Código Tributário Nacional.” (RE 567935, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 04.11.2014)

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Tributário. ICMS. 2. Lei Estadual 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de Mato Grosso. Inconstitucionalidade formal. Matéria reservada à disciplina de lei complementar. Inexistência. Lei complementar federal (não estadual) é a exigida pela Constituição (arts. 146, III, e 155, § 2º, XII) como elo indispensável entre os princípios nela contidos e as normas de direito local. 3. Competência do Supremo Tribunal para realizar controle abstrato de constitucionalidade. Lei que dá efetividade a comando da Constituição Federal pela disciplina de normas específicas para o Estado-membro. 4. Restituição de valores cobrados em substituição tributária e fixação de critérios para o cálculo do imposto (arts. 13, § 4º, e 22, par. Único, da Lei impugnada). Delegação a decreto de matérias albergadas sob o manto da reserva legal. Existência de fumus boni iuris. 5.

ADPF 190 MC / SP

Discriminação do pagamento antecipado a determinado setor produtivo (art. 3º, § 3º, da Lei impugnada). Razoabilidade do critério objetivo em que repousa a distinção. Inexistência de violação ao princípio da isonomia. 6. Previsão de incidência do ICMS sobre “prestações onerosas de serviços de comunicações, por qualquer meio” (art. 2º, § 2º, da Lei impugnada). Dispositivo cuja redação pouco destoa da determinação constitucional (art. 155, II). Ausência de relevância jurídica na fundamentação para o deferimento da liminar. 7. Previsão de incidência de ICMS sobre serviço de comunicação “iniciado fora do território mato-grossense” (arts. 16, § 2º, e 2º, § 3º, da Lei impugnada). Inexistência, em juízo preliminar, de interpretação extensiva a violar o regime constitucional de competências. 8. ICMS. Incidência sobre softwares adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados (art. 2º, § 1º, item 6, e art. 6º, § 6º, ambos da Lei impugnada). Possibilidade. Inexistência de bem corpóreo ou mercadoria em sentido estrito. Irrelevância. O Tribunal não pode se furtar a abarcar situações novas, consequências concretas do mundo real, com base em premissas jurídicas que não são mais totalmente corretas. O apego a tais diretrizes jurídicas acaba por enfraquecer o texto constitucional, pois não permite que a abertura dos dispositivos da Constituição possa se adaptar aos novos tempos, antes imprevisíveis. 9. Medida liminar parcialmente deferida, para suspender a expressão “observados os demais critérios determinados pelo regulamento”, presente no parágrafo 4º do art. 13, assim como o inteiro teor do parágrafo único do art. 22, ambos da Lei 7.098/98, do Estado de Mato Grosso.” (ADI 1945 MC, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, Rel. p/ Ac. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe 14.03.2011)

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. REGULAMENTO DO ICMS. BASE DE CÁLCULO. MATÉRIA DE LEI COMPLEMENTAR. DECRETO ESTADUAL QUE INVADE COMPETÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LIMINAR DEFERIDA.”

ADPF 190 MC / SP

(ADI 1951 MC, Rel. Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, DJ 17.12.1999)

Por outro lado, também há violação ao art. 88, I, do ADCT, uma vez que resta violada, ainda que indiretamente, a alíquota mínima de 2% fixada em nível constitucional.

Acerca do tema, a manifestação do *Parquet* é escoreita: “A redução da base de cálculo provoca, indiretamente, a diminuição da alíquota do imposto, na medida em que reduz a carga tributária incidente sobre a prestação do serviço”.

Veja-se a ementa do RE 86.343, de relatoria do Ministro Leitão Abreu, Segunda Turma, DJ 06.04.1979, em que se assentou que a incidência do ISS se dá sobre o preço total do serviço:

“IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. BASE DE CALCULO. INCIDENCIA QUE SE FEZ SOBRE A RECEITA BRUTA. INOCORRENCIA DE NEGATIVA DE VIGENCIA AO ARTIGO 9. DO DECRETO-LEI N. 406/68. IMPROCEDENCIA, AINDA, DA ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO QUE VEDA A BITRIBUTAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.”

Configurada a plausibilidade jurídica das alegações, resta indagar se há *periculum in mora* no caso. Nesse ponto, acredita-se que a longevidade da norma e os graves vícios de inconstitucionalidade já demonstram, por si só, a danosidade da lei impugnada à higidez financeira de outros entes federativos, especialmente por meio da promoção da guerra fiscal.

Ante o exposto, conheço parcialmente da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, na parte conhecida, defiro, *ad referendum* do Pleno, medida liminar para suspender a eficácia dos arts. 190, §2º, II; e 191, §6º, II, e §7º, da Lei 2.614/97 do Município de Poá, até o julgamento definitivo desta demanda.

Comunique-se, com a máxima urgência, inclusive via faz ou meio mais expedito, o teor da presente decisão a todas as partes processuais e

ADPF 190 MC / SP

aos *amici curiae* já admitidos no feito.

Publique-se.

Brasília, 15 de dezembro de 2015.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente