

## VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por Procurador do Distrito Federal, foi protocolada no prazo legal. Conheço.

Observem o objeto desta arguição: a explicitação, pelo Município de Barueri, da base de cálculo de tributo da própria competência normativa tributária, a saber, o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN.

A matéria foi recentemente apreciada pelo Supremo no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 190, relator o ministro Edson Fachin, acórdão publicado no Diário da Justiça em 27 de abril de 2017. O Colegiado, por maioria, admitiu em parte a ação formalizada pelo Distrito Federal para declarar a inconstitucionalidade de lei do Município de Estância Hidromineral de Poá/SP, a versar justamente a base de cálculo do ISSQN.

Manifestei-me, em voto vencido, no sentido da inadequação da via eleita, reportando-me inclusive à decisão impugnada neste agravo interno. Na oportunidade, fiz ver:

[...]

Presidente, o pano de fundo qual é? Diz respeito ao fator econômico do ISS: a definição, pelo Município, sujeito ativo desse tributo, do que se entende como base de cálculo do ISS, como receita bruta para chegar-se ao cálculo.

[...]

Volto ao que ressaltai inicialmente: o pano de fundo é a forma de cálculo do ISS, tributo da competência normativa tributária do Município. É possível vislumbrar-se nessa questão lesão a preceito fundamental? Se potencializarmos a adequação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nesses casos, vamos baratear – para utilizar expressão do ministro Francisco Rezek – esta ação, que tenho como nobre, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e cuja adequação pressupõe, a teor do disposto não só na Carta da República implicitamente, como também na Lei nº 9.882/1999, ameaça de lesão ou lesão a preceito fundamental. Preceito

fundamental a revelar-se na titularidade do Distrito Federal, a ponto de vir, com queima de etapas, ao Supremo questionar lei municipal, de Município do Estado de São Paulo?

Não posso concluir pela existência dessa lesão a preceito fundamental, no que o Município, repito, e não se está bem no campo da guerra fiscal, mesmo porque inexistente o envolvimento de unidades da Federação propriamente ditas, refiro-me aos Estados. Mas há mais, Presidente: tanto é nobre a ação que o artigo 4º da Lei ao qual aludi, a 9.882/1999, prevê expressamente que:

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Tanto havia outro meio que foi acionado. Ajuizou-se, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Município de São Paulo o fez, ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei do Município de Poá. O Tribunal admitiu a ação direta de inconstitucionalidade, vindo, a partir inclusive de pronunciamentos técnicos sobre a matéria de fundo – reporto-me aos pronunciamentos de Paulo de Barros Carvalho e de Carrazza –, a julgar improcedente o pedido formalizado, e vindo a julgar improcedente – talvez, quem sabe, por não estar lá, no Tribunal de Justiça, o juiz Marco Aurélio – a uma só voz, sem divergência.

Indaga-se: é possível, diante da existência de meio para impugnar a lei municipal, admitir-se, o que entendo como excepcional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental? Não, a menos que pretendamos solucionar toda e qualquer controvérsia, que surja no território brasileiro, sobre a forma de cálculo de tributo, tendo em conta os cinco mil e muitos Municípios.

Em memorial apresentado pelo escritório Aires Barreto Advogados, em nome do terceiro, o Município de Barueri, apontou-se que vários outros Municípios, porque não há previsão na lei complementar, têm legislação definindo a base de cálculo, definindo elementos alusivos ao ISS.

Por isso, quando me defrontei com a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 189, também formalizada pelo Distrito Federal contra lei do Município de Barueri, assentei a inadequação da via eleita.

Peço vênias, Presidente, para manter a importância, em termos instrumentais, da arguição de descumprimento de preceito fundamental, reservando-a a situações em que realmente haja, por exemplo, risco quanto ao pacto federativo. Não tenho, como risco ao pacto federativo, o fato de um Município vir a disciplinar a base de cálculo do ISS, levando em conta o que entenda como receita bruta.

Assento inadequada, portanto, a ação.

Também neste caso, descabe admitir o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para alcançar, em sede objetiva, o que seria possível caso lei municipal desafiasse, no Supremo, o controle concentrado mediante a formalização de ação direta de inconstitucionalidade, ausente risco concreto ao pacto federativo decorrente da fixação, pelo Município de Barueri, da base de cálculo do ISSQN.

Ante o quadro, desprovejo o agravo.

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/08/2020