

## VOTO

### O Senhor Ministro Dias Toffoli:

Trata-se de dois embargos de declaração opostos contra acórdão do Tribunal Pleno, o qual foi assim ementado:

“ISS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – SUJEITO ATIVO – OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS – CADASTRAMENTO – RETENÇÃO – TOMADOR DOS SERVIÇOS DE MUNICÍPIO DIVERSO – INCONSTITUCIONALIDADE. É incompatível com a Constituição Federal disposição normativa a prever a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da Administração municipal, de prestadores de serviços não estabelecidos no território do Município, impondo-se ao tomador o recolhimento do Imposto Sobre Serviços – ISS quando descumprida a obrigação”.

Nos primeiros embargos de declaração, a Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais (ABRASF), alegou a existência de omissão, contradição e obscuridade no acórdão embargado. Aduziu que: a) a exigência do cadastro combate fraudes e a guerra fiscal do ISS; b) a retenção do imposto é destinada ao tomador dos serviços; c) aplicando-se o princípio da preservação das normas, o cadastro deve ser lido como facultativo; d) a decisão embargada repercute na fiscalização da tributação. Ademais, postulou pela modulação dos efeitos do acórdão embargado.

Nos segundos embargos de declaração, o Município de São Paulo alegou haver omissão na decisão atacada quanto à existência de lei complementar autorizando a criação da obrigação acessória em discussão. Afora isso, pediu a modulação dos efeitos do acórdão embargado.

O Relator, Ministro **Marco Aurélio**, votou pelo não acolhimento de ambos os embargos de declaração.

É o relatório.

Desde já, peço vênias ao ilustre Relator para divergir em parte.

Em relação às alegadas omissões, contradições e obscuridades, verifica-se que os embargantes pretendem o novo julgamento do mérito, fim para o qual não se prestam os embargos de declaração.

Passo a tratar dos pedidos de modulação dos efeitos do acórdão embargado.

Como se sabe, no acórdão embargado, a Corte estabeleceu ser inconstitucional a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da Administração municipal, de prestador de serviços não estabelecido no território do município, sob pena de, não sendo observada a obrigação acessória, retenção do ISS pelo tomador do serviço.

No âmbito do Município de São Paulo, o cadastro é denominado Cadastro de Prestadores de Outros Municípios (CPOM). Vale lembrar que a obrigatoriedade desse cadastro surgiu, em grande medida, do objetivo de se aprimorar a fiscalização, combatendo-se práticas tidas como escusas, como, por exemplo, a criação, por certas empresas, de estabelecimentos fantasmas em outro município, onde simulavam a prestação de serviços, fugindo, assim, do pagamento do ISS para o Município de São Paulo.

Segundo a ABRASF, cadastros como o CPOM paulistano já foram adotados por diversos outros municípios. “Ao longo dos últimos anos, mecanismo impediu o desvio de mais de R\$ 10 bilhões de reais em capitais e grandes cidades brasileiras (São Paulo Rio de Janeiro, Porto Alegre, Curitiba, Fortaleza, Salvador, Campinas, Vila Velha etc)”.

Por seu turno, o Município de São Paulo aduziu que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 2007, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, reconheceu a validade da norma questionada nos autos. A municipalidade segue aduzindo que, até o julgado embargado, os recursos extraordinários que tratavam da matéria não eram conhecidos, pois prevalecia, na Corte, o entendimento de que a ofensa ao texto constitucional seria indireta ou reflexa.

Destaca que, atualmente, há 177.285 contribuintes com cadastro ativo no Cadastro de Prestadores de Outros Municípios (CPOM), sendo que, no exercício de 2020, “o montante retido pelos tomadores de serviço foi de R\$ 234 milhões”.

Considerando o período de cinco anos, o Município de São Paulo assevera que, com o acórdão embargado, o impacto financeiro negativo em suas contas pode superar R\$ 1 bilhão de reais. A perda estimada de arrecadação de ISS por ano é da ordem de R\$ 120 a R\$ 288 milhões.

Das considerações acima se percebe que, até o julgamento do mérito, há muito vinha sendo aplicado, com presunção de constitucionalidade, o

regime de cadastro de prestadores de outros municípios, mormente no âmbito do Município de São Paulo. Diversas situações foram consolidadas à luz desse regime, gerando receitas – até então consideradas legítimas – para os municípios que instituíram tal regime.

Tenho, para mim, que a ausência de modulação dos efeitos do acórdão embargado importará severos efeitos financeiros nas contas desses municípios. **Vide** as enormes cifras mencionadas acima.

Afora isso, a ausência de modulação dos efeitos do acórdão embargado ensejará o ajuizamento massivo de ações em face das municipalidades que adotaram o regime em questão.

Penso, assim, ser necessária a modulação dos efeitos do acórdão embargado, nos termos a seguir propostos. Quanto às ressalvas abaixo enumeradas, esclareço que adotei, com as adaptações pertinentes, aquelas sugeridas pelo Ministro **Roberto Barroso** na apreciação do RE nº 605.552-ED-segundos, de minha relatoria., DJe de 12/4/21.

Ante o exposto, pedindo, mais uma vez vênias ao ilustre Relator, acolho em parte ambos os embargos de declaração para modular os efeitos do acórdão embargado, atribuindo a eles efeitos **ex nunc**, a partir da data de publicação da ata do julgamento do mérito.

Ficam ressalvadas da proposta de modulação: (i) as hipóteses de comprovada bitributação; (ii) as hipóteses em que não houve o recolhimento do ISS devido até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; (iii) os créditos tributários atinentes à controvérsia e que foram objeto de processo administrativo, concluído ou não, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; (iv) as ações judiciais atinentes à controvérsia e pendentes de conclusão até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito.

Em todos esses casos, deverão ser observados o entendimento desta Corte e os prazos decadencial e prescricional.

É como voto.