

03/05/2021

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.167.509 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
EMBTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE
FINANÇAS DAS CAPITAIS - ABRASF
ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
INTDO.(A/S) : SINDICATO DAS EMPRESAS DE PROCESSAMENTO
DE DADOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA DO
ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : RICARDO OLIVEIRA GODOI
ADV.(A/S) : ALEXANDER GUSTAVO LOPES DE FRANÇA
INTDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO
PAULO

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – VÍCIO – INEXISTÊNCIA. Não havendo, no acórdão formalizado, qualquer dos vícios que respaldam os embargos de declaração – omissão, contradição, obscuridade e erro material –, impõe-se o desprovemento.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em desprover os embargos de declaração no recurso extraordinário, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão virtual, realizada de 23 a 30 de abril de 2021, presidida pelo ministro Luiz Fux, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 3 de maio de 2021.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

03/05/2021

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.167.509 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
EMBTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE
FINANÇAS DAS CAPITAIS - ABRASF
ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
INTDO.(A/S) : SINDICATO DAS EMPRESAS DE PROCESSAMENTO
DE DADOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA DO
ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : RICARDO OLIVEIRA GODOI
ADV.(A/S) : ALEXANDER GUSTAVO LOPES DE FRANÇA
INTDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO
PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Tiago do Vale:

Na Sessão Virtual encerrada em 26 de fevereiro de 2021, o Pleno proveu o recurso extraordinário. Eis a ementa:

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.

RE 1167509 ED / SP

Foi fixada a tese: “É incompatível com a Constituição Federal disposição normativa a prever a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da Administração municipal, de prestador de serviços não estabelecido no território do Município e imposição ao tomador da retenção do Imposto Sobre Serviços – ISS quando descumprida a obrigação acessória”.

A Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais – Abrasf aponta omissão no tocante às razões históricas que ensejaram a edição da norma questionada, realçando a natureza antielisiva. Afirma não enfrentada a responsabilidade tributária do tomador de serviços, considerados os artigos 6º da Lei Complementar nº 116/2003 e 128 do Código Tributário Nacional. Diz da prevalência da interpretação conforme à Constituição, sustentando a adoção de tese no sentido da facultatividade do cadastro. Busca a modulação dos efeitos do pronunciamento, evocando a segurança jurídica.

O Município de São Paulo sublinha omissão, realçando não analisada a possibilidade de ser instituída obrigação acessória de cadastramento de empresas prestadoras de serviços situadas fora do Município – artigos 113, § 2º, do Código Tributário Nacional e 5º da Lei Complementar nº 175/2020. Articula a eficácia prospectiva do pronunciamento, assinalando superado enfoque anterior. Menciona impacto econômico e social.

O embargado, nas contrarrazões, tem como ausentes os vícios arguidos.

03/05/2021

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.167.509 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Os embargos de declaração da Associação e do Município de São Paulo voltam-se contra a mesma decisão. Procedo à análise simultânea dos recursos.

Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. As peças, subscritas por advogados credenciados e Procurador do Município, foram protocoladas no prazo legal.

Ao apreciar o recurso extraordinário, o Colegiado assentou incompatível, com a Constituição de 1988, a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da Administração municipal, instituída em desfavor de prestadores de serviços não estabelecidos no território do Município, imputada, ao tomador, a retenção do Imposto Sobre Serviços – ISS. Proclamou a inconstitucionalidade do artigo 9º, cabeça e § 2º, da Lei nº 13.701/2003, com a redação dada pela Lei nº 14.042/2001.

Inexistem as omissões apontadas. Os embargantes pretendem o rejuízo da matéria. Considerados os requisitos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil, é impróprio o manuseio dos embargos declaratórios objetivando o rejuízo da controvérsia.

Inadequados os pedidos voltados à modulação dos efeitos do acórdão. Não cabe atribuição de eficácia prospectiva – sobretudo em processo de índole subjetiva – a decisão do Tribunal, dando-se o dito pelo não dito, para salvar-se situação concreta conflitante com a Lei Maior.

É necessário resistir a tentativas de relativizar os pronunciamentos do Supremo, presente conflito de legislação com a Constituição Federal. Toda norma editada em desarmonia com essa última é nula, natimorta.

Quando o Tribunal não declara, como deve fazê-lo, inconstitucional, desde o nascedouro, certa lei, acaba por incentivar as Casas Legislativas a elaborarem normas à margem da Carta da República, apostando na passagem do tempo, na inércia quanto à impugnação e na morosidade da

RE 1167509 ED / SP

Justiça.

Valho-me de trecho de artigo de minha autoria:

[...] O acionamento irrestrito ao instituto pode acarretar verdadeira quebra na observância da organicidade do Direito. Articula-se com a preservação da segurança jurídica, quando, na verdade, potencializa-se o conflito, conferindo ao Supremo papel que a ele institucionalmente não compete. Pretende-se proteger situações tidas por consolidadas, a partir de norma contrária à Constituição Federal.

(A modulação dos efeitos da decisão: análise e crítica ao instituto. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coord.). *Estudos de direito processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 817-827.)

O § 3º do artigo 927 do Código de Processo Civil dispõe que, “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. O preceito consagra a boa-fé, a confiança no Estado-juiz e remete a faculdade do Colegiado, a ser acionada à luz do interesse social e da segurança jurídica. O relevo social do tema foi sopesado, chegando o Plenário a conclusão diversa da buscada pelos embargantes.

Não vinga a alegada superação de enfoque anterior do Supremo, no que, mediante os precedentes evocados, assentou-se o caráter infraconstitucional da questão, ausente o exame do tema de fundo.

Conheço e desprovejo os embargos de declaração.

03/05/2021

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.167.509 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
EMBTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE
FINANÇAS DAS CAPITAIS - ABRASF
ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
INTDO.(A/S) : SINDICATO DAS EMPRESAS DE PROCESSAMENTO
DE DADOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA DO
ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : RICARDO OLIVEIRA GODOI
ADV.(A/S) : ALEXANDER GUSTAVO LOPES DE FRANÇA
INTDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO
PAULO

VOTO-VOGAL

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:

RE 1167509 ED / SP

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 a embargante 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 vênua ao ilustre Relator, para dele divergir em parte.

Em relação às alegadas omissões, contradições e obscuridades, verifica-se que os embargantes pretendem provocar 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 de prestador de serviços não estabelecido no território do município em órgão da Administração municipal, sob pena de, não sendo observada a obrigação acessória, haver 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 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 ABRASE, cadastros como o CPOM paulistano já foram

RE 1167509 ED / SP

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, não se conhecia dos recursos extraordinários que tratavam da matéria, 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.

Pelas considerações acima, percebe-SE 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, com a geração de 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

RE 1167509 ED / SP

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 de12/4/21.

Ante o exposto, pedindo, mais uma vez vênua 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.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.167.509

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

EMBTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS
CAPITAIS - ABRASF

ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA (58935/DF, 81438/RJ)

INTDO.(A/S) : SINDICATO DAS EMPRESAS DE PROCESSAMENTO DE DADOS E
SERVIÇOS DE INFORMÁTICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S) : RICARDO OLIVEIRA GODOI (23363-A/PA, 143250/SP)

ADV.(A/S) : ALEXANDER GUSTAVO LOPES DE FRANÇA (246222/SP)

INTDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Decisão: (ED) O Tribunal, por maioria, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Dias Toffoli, que os acolhia em parte. Plenário, Sessão Virtual de 23.4.2021 a 30.4.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário