

03/07/2023

PLENÁRIO

**EMB.DECL. NO AG.REG. NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL 189 SÃO PAULO**

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
EMBTE.(S) : **MUNICIPIO DE BARUERI**
ADV.(A/S) : **PAULO AYRES BARRETO**
ADV.(A/S) : **SIMONE RODRIGUES COSTA BARRETO**
EMBDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **MARLON TOMAZETTE**
AM. CURIAE. : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO
PAULO**

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. ALÍQUOTA MÍNIMA. ART. 88 DO ADCT. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO. NORMAS GERAIS DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. OMISSÃO EM RELAÇÃO AO ART. 131 DO RISTF. OMISSÃO EM RELAÇÃO AO ART. 11 DA LEI 9.882/99. OMISSÃO EM RELAÇÃO AO ALCANCE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41 DA LC 118/2002, COM REDAÇÃO DADA PELA LC 185/2007. CONTRADIÇÃO EM RELAÇÃO À INCONSTITUCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO DO ISSQN INCIDENTE SOBRE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL.

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes (ADI 1.105, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 02.06.2010) e de que a sustentação oral é faculdade da parte, não ato essencial à defesa (RHC 118.660, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 26.02.2014). Por isso, é indispensável que, ao demandar a nulidade do julgamento em ambiente virtual por ausência de sustentação oral, a parte demonstre que

ADPF 189 AGR-ED / SP

o caso não se subsumia às hipóteses em que o julgamento virtual é autorizado

2. O §4º do art. 41 da LC 118/2002 reproduziu a exclusão prevista no § 2º, inciso I, art. 7º da LC 116/2003, ou seja, previu a possibilidade de exclusão da base de cálculo do ISSQN o valor dos materiais fornecidos pelo prestador e o valor das subempreitas vinculados à prestação dos serviços de construção civil. Desse modo, verifica-se que o referido dispositivo da lei municipal subtraiu da base de cálculo do ISSQN aquilo que já havia sido expressamente autorizado pela lei complementar nacional. Sendo assim, fica ressalvada da declaração de inconstitucionalidade o §4º do art. 41 da Lei Complementar 118/2002 do Município de Barueri, na redação dada Lei Complementar 185/2007.

3. Modulação dos efeitos para que a decisão produza efeitos a partir da data da publicação da ata de julgamento do mérito.

4. Embargos de declaração parcialmente colhidos para: (i) excluir da declaração de inconstitucionalidade e o §4º do art. 41 da Lei Complementar 118/2002 do Município de Barueri, na redação dada Lei Complementar 185/2007; (ii) propor a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da data publicação da ata do julgamento de mérito da demanda.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Virtual do Plenário de 23 a 30 de junho de 2023**, sob a Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em acolher parcialmente os embargos de declaração para (i) excluir da declaração de inconstitucionalidade o § 4º do art. 41 da Lei Complementar 118/2002 do Município de Barueri, na redação dada pela Lei Complementar 185/2007; (ii) modular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade a partir da data da publicação da ata do julgamento de mérito da demanda, nos termos do voto do Relator.

ADPF 189 AGR-ED / SP

Brasília, 3 de julho de 2023.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente

03/07/2023

PLENÁRIO

**EMB.DECL. NO AG.REG. NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL 189 SÃO PAULO**

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
EMBTE.(S)	: MUNICIPIO DE BARUERI
ADV.(A/S)	: PAULO AYRES BARRETO
ADV.(A/S)	: SIMONE RODRIGUES COSTA BARRETO
EMBDO.(A/S)	: GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: MARLON TOMAZETTE
AM. CURIAE.	: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo Município de Barueri em face do acórdão que deu provimento ao agravo regimental para conhecer da arguição de descumprimento de preceito fundamental e julgou-a procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 41 da Lei Complementar 118 do Município de Barueri, na redação dada pela Lei Complementar 185/2007.

O embargante alega os seguintes vícios:

(i) Omissão em relação ao art. 131 do RISTF, pois não foi dada a oportunidade de realização de sustentação oral no julgamento de mérito da ADPF;

(ii) Omissão em relação ao art. 11 da Lei 9.882/99, pois o acórdão embargado não tratou da modulação dos efeitos da decisão;

(iii) Omissão em relação ao alcance da declaração de inconstitucionalidade do art. 41 da LC 118/2002, com redação dada pela LC 185/2007, no que diz respeito à (a) delimitação do objeto da demanda; (b) base de cálculo do ISSQN incidente sobre serviços de saúde; sobre os serviços de recrutamento, agenciamento, seleção, colocação e

ADPF 189 AGR-ED / SP

fornecimento de mão-de-obra; sobre serviços de agenciamento, organização, promoção, intermediação e execução de programas de turismo, passeios, viagens, excursões, hospedagens e congêneres; sobre serviços de exploração de rodovia mediante cobrança de preço ou pedágio dos usuários; (c) exclusão do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS da base de cálculo do ISSQN;

(iv) Contradição em relação à inconstitucionalidade da base de cálculo do ISSQN incidente sobre serviços de construção civil.

É o relatório.

03/07/2023

PLENÁRIO

EMB.DECL. NO AG.REG. NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 189 SÃO PAULO

Senhor Ministro Edson Fachin: De início, explicita-se que os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição e erro material ou suprir omissão em decisão judicial.

Conforme ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a omissão a que refere o art. 1.022 do CPC:

(...) **representa a falta de manifestação expressa sobre algum ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento.** Como deixa claro o próprio parágrafo único do art. 1.022, o conceito de omissão relevante para fins de embargos declaratórios é dado pelo direito ao contraditório (art. 5º, LV, da CF, 7º, 9º e 10) e pelo dever de fundamentação analítica (arts. 93, IX, da CF, 11 e 489, §§ 1º e 2º). (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil Volume 2: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 539-540; grifei)

Da análise do acórdão embargado, verifica-se que não há que se falar em omissão em relação ao art. 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, conforme o § 2º do referido artigo, não há oportunidade para sustentação oral em julgamento de agravo interno.

A sustentação oral não é ato essencial à defesa, por isso não há prejuízo à parte quando o julgamento em plenário virtual observa a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal.

O julgamento de arguições de descumprimento de preceito fundamental em ambiente virtual foi admitido pela Resolução 642, de 14

ADPF 189 AGR-ED / SP

de julho de 2019, desde que a matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF, conforme preceitua o art. 1º, § 1º, IV:

“Art. 1º Todos os processos de competência do Tribunal poderão, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário.

§ 1º Serão julgados preferencialmente em ambiente eletrônico os seguintes processos:

(...)

IV – demais classes processuais, inclusive recursos com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF.”

O direito à sustentação oral em ambiente virtual foi regulamentado nos termos do disposto no art. 5º-A:

“Art. 5º-A Nas hipóteses de cabimento de sustentação oral previstas no regimento interno do Tribunal, fica facultado à Procuradoria-Geral da República, à Advocacia-Geral da União, à Defensoria Pública da União, aos advogados e demais habilitados nos autos encaminhar as respectivas sustentações por meio eletrônico após a publicação da pauta e até 48 horas antes de iniciado o julgamento em ambiente virtual.”

Nos termos do art. 131, § 2º, do RISTF, por sua vez, a sustentação oral não é admitida em casos de agravos, embargos de declaração, arguição de suspeição e medidas cautelares. Assim, de acordo com a Resolução, o encaminhamento da defesa oral por meio eletrônico só é permitido nas hipóteses previstas no regimento interno do Tribunal.

Em que pesem as razões dos embargos, eventual nulidade no julgamento devido à ausência de sustentação oral exige, como indica a pacífica jurisprudência desta Corte, demonstração de prejuízo concreto à

ADPF 189 AGR-ED / SP

parte que suscita o vício, uma vez que não se declara a nulidade processual por mera presunção (HC 132.149-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 14.06.2019).

A embargante limita-se a afirmar que “a realização de sustentação oral, uma vez requerida, não pode ser inviabilizada, sob pena de cerceamento do direito de defesa da parte e violação do devido processo legal, princípios consagrados pelo artigo 5º, LV, da Constituição Federal, o que torna nulo o julgamento.” (eDOC 92, p. 5).

No entanto, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “a sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes” (ADI 1.105, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 02.06.2010) e de que “a sustentação oral é faculdade da parte, não ato essencial à defesa” (RHC 118.660, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 26.02.2014).

Por isso, é indispensável que, ao demandar a nulidade do julgamento em ambiente virtual por ausência de sustentação oral, a parte demonstre que o caso não se subsumia às hipóteses em que o julgamento virtual é autorizado. Era preciso, por exemplo, que a embargante demonstrasse que o caso não se amolda à jurisprudência pacífica da Corte, ou ainda que a jurisprudência deveria ser revista. Nenhuma dessas providências, contudo, foi adotada pela embargante.

Destaca-se que a decisão ora embargada encontra sólido respaldo na jurisprudência desta Corte, que entendeu pela inconstitucionalidade de lei municipal que veicule exclusão de valores da base de cálculo do ISSQN fora das hipóteses previstas em lei complementar nacional e pela incompatibilidade com a Constituição Federal medida fiscal que resulte indiretamente na redução da alíquota mínima estabelecida pelo art. 88 do

ADPF 189 AGR-ED / SP

ADCT, a partir da redução da carga tributária incidente sobre a prestação de serviço na territorialidade do ente tributante (ADPF 190, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 29.09.2016).

Concomitantemente a isso, a parte embargante sustenta omissão em relação ao alcance da declaração de inconstitucionalidade do art. 41 da Lei Complementar 118/2002 do Município de Barueri, com redação dada pela Lei Complementar 185/2007.

Em que pesem as razões dos embargos, a irresignação não merece prosperar neste ponto. Na verdade, observa-se nítido caráter infringente nas alegações recursais, porquanto se busca à revisão da decisão embargada. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento reiterado no sentido de que os embargos de declaração não se prestam à rediscussão do assentado no julgado, em decorrência de inconformismo da parte Embargante. A respeito disso, cito os seguintes precedentes: RE 959.274-AgR-ED, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 21.05.2018; ARE 1.082.082-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 24.05.2018 e RE 677.773-AgR-segundo-ED, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 27.08.2018.

Conforme restou consignado no acórdão ora embargado, o art. 41 da Lei Complementar 118/2002 do Município de Barueri, na redação dada Lei Complementar 185/2007 padece de vícios formal e material de inconstitucionalidade devido a *a)* usurpação de competência da União para legislar sobre normas gerais em matéria de legislação tributária, de modo que não podem os municípios, a pretexto de detalhar aspectos não abordados pela lei nacional (LC 116/2003), excluïrem da base de cálculo do ISSQN aquilo que não foi expressamente autorizado pela lei complementar nacional e; *b)* à ofensa à alíquota mínima estabelecida para o ISSQN pelo art. 88 do ADCT, visto que reduz a carga tributária incidente sobre a prestação de serviço a um patamar vedado pelo Poder Constituinte.

ADPF 189 AGR-ED / SP

Além disso, o Município de Barueri nos declaratórios ora opostos alega vício de contradição em relação à inconstitucionalidade da base de cálculo do ISSQN incidente sobre serviços de construção civil.

Entendo que, neste ponto, assiste razão ao município embargante. Isso porque, na declaração de inconstitucionalidade do art. 41 da Lei Complementar Municipal 118/2002, ficou consignado que compete à legislação federal definir a base de cálculo do ISSQN e as hipóteses de exclusão.

“O art. 7º da Lei Complementar 116/2003 foi categórico ao considerar como base de cálculo o preço do serviço, sem nenhuma outra exclusão que não a definida em seu § 2º, I: o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa. Logo, em alguns serviços relacionados a obras de construção civil, o valor dos materiais fornecidos pelo prestador do serviço ficam excluídos da base de cálculo.

A lei complementar, quando o quis, fez expressa exclusão de valores da base de cálculo do ISS. Não cabe, por conseguinte, cogitar de omissão, mas de silêncio eloquente do legislador nacional. Por isso, não há espaço para que os municípios, a pretexto de detalhar aspectos não abordados pela lei nacional de Direito Tributário, subtraiam da base de cálculo do ISS aquilo que não foi expressamente autorizado pela Lei Complementar 116/2003.”

Com efeito, o §4º do art. 41 da LC 118/2002 reproduziu a exclusão prevista no § 2º, inciso I, art. 7º da LC 116/2003, ou seja, previu a possibilidade de exclusão da base de cálculo do ISSQN o valor dos materiais fornecidos pelo prestador e o valor das subempreitas vinculados à prestação dos serviços de construção civil.

Desse modo, verifica-se que o referido dispositivo da lei municipal subtraiu da base de cálculo do ISSQN aquilo que já havia sido

ADPF 189 AGR-ED / SP

expressamente autorizado pela lei complementar nacional. Sendo assim, acolho os embargos de declaração para esclarecer que fica ressalvada da declaração de inconstitucionalidade o §4º do art. 41 da Lei Complementar 118/2002 do Município de Barueri, na redação dada Lei Complementar 185/2007.

Por fim, a parte embargante alega omissão em relação ao art. 11 da Lei 9.882/99, pois o acórdão embargado não tratou da modulação dos efeitos da decisão.

No julgamento da ADPF 190, de minha relatoria, elaborei proposta de modulação dos efeitos da decisão, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, para que produza eficácia prospectiva, delimitando, como termo inicial, a data do deferimento da medida cautelar.

No presente caso, em homenagem ao mesmo princípio da segurança jurídica, proponho a modulação temporal de efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que tenha eficácia a partir da data de publicação da ata do julgamento de mérito da demanda, ou seja, 15/09/2020.

Portanto, acolho parcialmente os embargos de declaração para (i) excluir da declaração de inconstitucionalidade e o §4º do art. 41 da Lei Complementar 118/2002 do Município de Barueri, na redação dada Lei Complementar 185/2007; (ii) propor a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da data publicação da ata do julgamento de mérito da demanda.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NO AG.REG. NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 189

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

EMBTE.(S) : MUNICIPIO DE BARUERI

ADV.(A/S) : PAULO AYRES BARRETO (80600/SP)

ADV.(A/S) : SIMONE RODRIGUES COSTA BARRETO (179027/SP)

EMBDO.(A/S) : GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : MARLON TOMAZETTE (14006/DF)

AM. CURIAE. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

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

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, acolheu parcialmente os embargos de declaração para (i) excluir da declaração de inconstitucionalidade o § 4º do art. 41 da Lei Complementar 118/2002 do Município de Barueri, na redação dada pela Lei Complementar 185/2007; (ii) modular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade a partir da data da publicação da ata do julgamento de mérito da demanda, nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023.

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

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário