

29/04/2024

PLENÁRIO

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

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. FLÁVIO DINO
EMBTE.(S)	: MUNICÍPIO 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)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
INTDO.(A/S)	: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BARUERI
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE BARUERI
AM. CURIAE.	: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS - ABRASF
ADV.(A/S)	: RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA

EMENTA

SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LC N. 118/02 DO MUNICÍPIO DE BARUERI/SP. TERMO INICIAL. DATA DA PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO DO MÉRITO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. São cabíveis embargos de declaração para conhecer de pedido de modulação dos efeitos da decisão em ações de controle concentrado. Precedentes.
2. O termo inicial para a produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da LC n. 118/02, do Município de Barueri/SP, é a data da publicação da ata de julgamento do mérito. Precedentes.

ADPF 189 AGR-ED-ED / SP

3. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em rejeitar os embargos de declaração, a fim de que seja mantida como termo inicial da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da LC n. 118/02, na redação dada pela LC n. 185/07, ambas do Município de Barueri, a data da publicação da ata de julgamento do mérito da presente ADPF, qual seja, 15/09/2020. Ficaram vencidos: a) os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Cristiano Zanin e Cármen Lúcia, que acolhiam os embargos para retificar o prazo de modulação e considerar o termo inicial a partir da data do deferimento da medida cautelar na ADPF (15.12.2015), e b) os Ministros Dias Toffoli, André Mendonça, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Nunes Marques, que acolhiam apenas em parte os embargos para estabelecer tão somente que ficam mantidos os pagamentos efetivamente realizados até a data da publicação da ata de julgamento dos presentes embargos de declaração no âmbito do Programa de Pagamento Incentivado de Parcelamento Administrativo pelos sujeitos passivos abarcados pela modulação dos efeitos da decisão estabelecida no acórdão ora embargado. Sessão virtual do Pleno de 19 a 26 de abril de 2024, na conformidade da ata de julgamento.

Brasília, 19 a 26 de abril de 2024.

Ministro Flávio Dino
Redator para o acórdão

26/02/2024

PLENÁRIO

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

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
REDATOR DO : **MIN. FLÁVIO DINO**
ACÓRDÃO
EMBTE.(S) : **MUNICÍPIO 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) : **PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**
INTDO.(A/S) : **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BARUERI**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE BARUERI**
AM. CURIAE. : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO
PAULO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE
FINANÇAS DAS CAPITAIS - ABRASF**
ADV.(A/S) : **RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA**

Trata-se de novos Embargos de Declaração opostos pelo Município de Barueri em face do acórdão que acolheu parcialmente os primeiros aclaratórios opostos. O julgado possui a seguinte ementa (eDOC 119, p. 1):

“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

ADPF 189 AGR-ED-ED / SP

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 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

ADPF 189 AGR-ED-ED / SP

juízo de mérito da demanda. “

O embargante alega a existência de omissões, afirmando, em síntese, que (eDOC 120, p. 2-8):

“No que diz respeito ao art. 11 da Lei 9882/99, a despeito do acolhimento dos Embargos de Declaração, data maxima venia, olvidou-se o v. acórdão acerca do efeito ex tunc das decisões proferidas em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, bem como do marco temporal fixado por este Pretório Excelso para a modulação dos efeitos da decisão de caso análogo (ADPF nº 190), utilizado como fundamento de decidir do presente. Ao assim fazer, incorreu o v. acórdão em novas omissões, as quais merecem ser sanadas por meio dos presentes aclaratórios, nos termos do art. 1.022, inciso I, do CPC/15.

(...)

Em que pese os aclaratórios tenham sido acolhidos para o fim de fixar, como marco temporal da produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma aqui atacada, a data da publicação da ata de julgamento de mérito desta ADPF, qual seja, 15.09.2020, tal entendimento acabou por desprestigiar os interesses públicos envolvidos, que dizem respeito à arrecadação do Município Embargante (art. 11 da Lei 9.882/99) e que demandariam a aplicação retroativa do julgado (efeitos ex tunc, na forma do §1º do art. 102 da CF e da Lei 9.882/1999). Desconsiderou, ainda, o conteúdo normativo da tese fixada no âmbito da ADPF nº 190 e suas implicações no caso concreto, já que, naquela oportunidade, esta C. Corte Suprema declarou inconstitucionalidade de toda lei municipal que veicule exclusão de valores da base de cálculo do ISSQN fora das hipóteses previstas em lei complementar nacional, ou, ainda, resulte indiretamente na redução da alíquota mínima estabelecida pelo art. 88 do ADCT, a partir da redução da carga tributária incidente sobre a prestação de serviço na territorialidade do ente tributante. Justamente por serem essas

ADPF 189 AGR-ED-ED / SP

as exatas situações albergadas pela norma municipal em discussão é que o comando prescritivo na ADPF nº 190 implicaria diretamente o presente caso.

A ausência de modulação dos efeitos da decisão trouxe um cenário de grave insegurança jurídica às partes. Diversas demandas judiciais foram ajuizadas em face do Município de Barueri por força das incertezas trazidas pelo v. acórdão quanto à declaração de inconstitucionalidade da norma guerreada nesta ADPF. Foi diante disso que o Embargante protocolou petição requerendo a apreciação célere de seus aclaratórios. No entanto, somente após aproximadamente 3 (três) anos da sua oposição é que os mesmos foram julgados por esta C. Corte.

Nesse ínterim, em agosto de 2021, sob pena de perecimento de direito e, até mesmo, de crime de responsabilidade fiscal (art. 14 da Lei nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal), considerando a eficácia erga omnes e os efeitos vinculante e retroativos da decisão proferida nesta ADPF, o Município de Barueri deu início aos trâmites necessários para o lançamento e constituição dos créditos tributários originados na presente demanda. O fez, outrossim, em atenção ao julgamento já finalizado da ADPF nº 190 e suas implicações no presente caso, já que, naqueles autos, a produção de efeitos do decisum se deu a partir de 15.12.2015.

Na mesma ocasião, o Município Embargante editou a Lei nº 2.810/2021, para instituição do Programa de Pagamento Incentivado de Parcelamento Administrativo (PPIPA-Barueri), a fim de que os contribuintes de boa-fé, atingidos pela declaração de inconstitucionalidade do art. 41 da Lei Complementar 118/2002, na redação dada Lei Complementar 185/2007, pudessem parcelar seus débitos com a exclusão de multa e juros (doc.anexo):

(...)

A prevalecer, portanto, a modulação de efeitos ora proposta pelo Min. Edson Fachin, que desconsidera os efeitos ex tunc das decisões proferida em sede de ADPF e, ainda, as implicações, ao presente caso, do julgamento da ADPF nº 190, o

ADPF 189 AGR-ED-ED / SP

Município de Barueri sofrerá prejuízo irreparável, à vista do quantum já recolhido de seus contribuintes. A título ilustrativo, veja-se o impacto financeiro que sofreria os cofres municipais na hipótese de não ser sanada a omissão ora apontada nos presentes aclaratórios:

(...)

A declaração de inconstitucionalidade da norma municipal, por si só, já trouxe grande impacto no orçamento público, decorrente mudança de domicílio fiscal de diversas empresas após o julgamento da presente ADPF. Estamos falando de 419 empresas, que representavam percentual relevante da arrecadação do Município. A modulação de efeitos ora proposta acabaria por maximizar os prejuízos financeiros vivenciados pelo Município de Barueri, caso seja instado a devolver todo o imposto já recolhido de seus contribuintes com fundamento na aplicação do julgado da APDF nº 190.

(...)

Requer-se, assim, que, sanados os vícios apontados, os efeitos da r. decisão ora embargada sejam modulados, tendo como termo inicial a data de 15.12.2015, fixada na ADPF nº 190, com o que restará atendido o efeito ex tunc das decisões proferidas em sede de ADPF.”

A parte embargada não se manifestou (eDOC 128).
É o relatório.

26/02/2024

PLENÁRIO

**EMB.DECL. NOS 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.

Os presentes embargos merecem acolhimento.

Com efeito, conforme assentei em meu voto no acórdão embargado, considerando se tratar de situação similar, levei em conta os mesmos motivos que justificaram a modulação dos efeitos determinada no julgamento da ADPF 190.

Em ambos os feitos, justifiquei a necessidade da medida em homenagem ao princípio da segurança jurídica, considerando se tratar de uma questão de relevo, a higidez financeira e orçamentária pertinente aos municípios, as diversas relações jurídicas já estabelecidas entre as empresas e os contribuintes e o lapso considerável transcorrido até o julgamento da questão por esta Corte.

No presente feito, o ajuste no termo inicial na forma pugnada nos presentes embargos se faz necessário, uma vez que o acórdão embargado não levou em conta as expectativas geradas pelo julgamento da ADPF 190, o prazo decorrido até análise dos primeiros embargos de declaração e, como alertou o embargante, a legislação municipal erigida a partir deste precedente, com as implicações financeiras para o município e para os contribuintes que aderiram ao programa de parcelamento dos débitos que surgiram com o resultado do julgamento da ação.

Portanto, acolho os embargos de declaração para retificar o prazo proposto de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, considerando o termo inicial a partir da data do deferimento da medida cautelar na ADPF, qual seja, 15.12.2015.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NOS 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)

EMBD0.(A/S) : GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S) : PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BARUERI

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

AM. CURIAE. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

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

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS - ABRASF

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

Decisão: Após os votos dos Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin, que acolhiam os embargos de declaração para retificar o prazo proposto de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, considerando o termo inicial a partir da data do deferimento da medida cautelar na ADPF, qual seja, 15.12.2015, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Plenário, Sessão Virtual de 16.2.2024 a 23.2.2024.

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

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

29/04/2024

PLENÁRIO

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

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão no qual o Tribunal Pleno modulou os efeitos da decisão em que se declarou, com a exceção do § 4º do dispositivo a seguir, a inconstitucionalidade do art. 41 da LC nº 118 do Município de Barueri, com a redação dada pela LC nº 185/07, estabelecendo que essa decisão passasse a produzir efeitos a partir da ata do julgamento do mérito (15/9/20).

Vale lembrar que o artigo em questão versava sobre reduções da base de cálculo do ISS em desacordo com determinações constitucionais.

Nas razões dos embargos de declaração, o Município de Barueri alegou haver omissões no julgado.

Aduziu o embargante que, na apreciação do mérito, aplicou-se o entendimento da Corte firmado no julgamento da ADPF nº 190/SP, no qual houve modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de disposições análogas de lei de outro município, estipulando-se que essa decisão deveria produzir efeitos a partir de 15/12/15, data do deferimento da respectiva medida cautelar. Sustentou que o Tribunal, no acórdão ora embargado, desconsiderou o contexto da ADPF nº 190/SP e suas implicações na presente demanda.

Narrou que, em agosto de 2021, “sob pena de perecimento de direito e, até mesmo, de crime de responsabilidade fiscal”, iniciou os trâmites “para o lançamento e constituição dos créditos tributários decorrentes da presente demanda”. Disse que assim procedeu também “em atenção ao julgamento já finalizado da ADPF nº 190/SP e suas implicações no presente caso”.

Destacou que editou a Lei nº 2.810, de 18 de março de 2021, instituindo o Programa de Pagamento Incentivado de Parcelamento Administrativo (PIPA-Barueri), para que os contribuintes de boa-fé,

ADPF 189 AGR-ED-ED / SP

atingidos pela presente arguição, pudessem parcelar seus débitos com exclusão de multas e juros. Reiterou que essa providência foi adotada também em conformidade com a citada ADPF nº 190/SP.

Defendeu que, caso prevaleça a modulação de efeitos estabelecida no acórdão ora embargado, “sofrerá prejuízo irreparável, à vista do **quantum** já recolhido de seus contribuintes”. Ressaltou, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade “já trouxe grande impacto no orçamento público, decorrente [da] mudança de domicílio fiscal de diversas empresas após o julgamento da presente ADPF”.

Pedi que os embargos de declaração sejam acolhidos para se estabelecer, a título de modulação dos efeitos, que a decisão passe a produzir efeitos a partir de 15/12/15.

Na sessão de 16/2/24 a 23/2/24, o Relator, Ministro **Edson Fachin**, votou por acolher os embargos de declaração para retificar o prazo proposto de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, considerando o termo inicial a partir de 15/12/15 (data do deferimento da medida cautelar na ADPF nº 190/SP). Acompanharam Sua Excelência os Ministros **Alexandre de Moraes** e **Cristiano Zanin**. Pedi vista dos autos para melhor apreciar a controvérsia.

É o relatório.

Desde já, peço vênias ao ilustre Relator para acolher apenas em parte os embargos de declaração.

Para a boa compreensão da controvérsia, faço breve retomada do caso.

O Governador do Distrito Federal ajuizou a arguição de descumprimento de preceito fundamental tendo como objeto o art. 41 da LC nº 118/02 do Município de Barueri, com a redação dada pela LC nº 185/07. Em síntese, alegou o arguente que o dispositivo impugnado, ao prever abatimentos na base de cálculo do ISS que ensejavam redução do valor mínimo do imposto devido, violou o princípio federativo e o art. 88 do ADCT¹. Sustentou que a norma questionada se inseria no contexto da

1 “Art. 88. Enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III do § 3º do art. 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso III do **caput** do

ADPF 189 AGR-ED-ED / SP

guerra fiscal.

Em decisão monocrática, o Relator originário do feito, Ministro **Marco Aurélio**, negou seguimento ao pedido formulado, aduzindo que não estaria preenchido o requisito da subsidiariedade, inexistiria conflito federativo nesta demanda e só por via transversa estaria configurada a afronta a preceito fundamental. O arguente interpôs agravo regimental.

O Tribunal Pleno, em julgamento finalizado na sessão virtual de 21/8/20 a 28/8/20, deu provimento ao agravo regimental para conhecer da arguição de descumprimento de preceito fundamental e julgá-la procedente, declarando a inconstitucionalidade do art. 41 da LC nº 118/02 do Município de Barueri, com a redação dada pela LC nº 185/07, nos termos do voto do Ministro **Edson Fachin**, designado redator do acórdão.

Sua Excelência superou aqueles óbices apontados na decisão então agravada. No mérito, fazendo remissão à ADPF nº 190/SP, assentou que não cabe aos municípios subtrair “da base de cálculo do ISS aquilo que não foi expressamente autorizado pela Lei Complementar 116/2003”, sob pena de ofensa às competências da União. Afora isso, consignou que o dispositivo questionado teria manipulado o aspecto quantitativo do imposto, reduzindo “a carga tributária incidente sobre a prestação de serviço a um patamar vedado pelo Poder Constituinte” (nesse ponto, fez alusão ao art. 88 do ADCT). Reconheceu, assim, a inconstitucionalidade da norma hostilizada.

O Município de Barueri, em 9/12/20, opôs embargos de declaração pleiteando, entre outros pontos, a modulação dos efeitos da decisão e a correção do acórdão no que dizia respeito ao § 4º do citado art. 41 (ISS sobre serviços de construção civil).

Na sessão virtual de 23/6/23 a 30/6/23, o Tribunal Pleno acolheu

mesmo artigo: (Incluído pela EC nº 37, de 2002)

I - terá alíquota mínima de dois por cento, exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968; (Incluído pela EC nº 37, de 2002)

II - não será objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida no inciso I. (Incluído pela EC nº 37, de 2002)”.

ADPF 189 AGR-ED-ED / SP

parcialmente os embargos de declaração para (i) excluir da declaração de inconstitucionalidade o § 4º do art. 41 da LC nº 118/02 do Município de Barueri, com a redação dada pela LC nº 185/07; (ii) modular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade a partir da data da publicação da ata do julgamento de mérito da demanda (15/9/20).

Opôs, então, o Município de Barueri os presentes embargos de declaração, pleiteando que a declaração de inconstitucionalidade passe a ter efeitos a partir de 15/12/15, data do deferimento da medida cautelar na ADPF nº 190/SP. Em outras palavras, quer o embargante que se adote, aqui, o mesmo marco temporal utilizado na modulação dos efeitos da decisão estabelecida na ADPF nº 190/SP.

Não vislumbro espaço para se adotar esse último marco temporal no presente caso.

É preciso destacar, de início, que, na ADPF nº 190/SP, esteve em jogo lei do Município da Estância Hidromineral de Poá que reduziu a base de cálculo do ISS em desacordo com o texto constitucional, e não lei do Município de Barueri. Perceba-se, ademais, que a medida cautelar deferida nesse caso e a respectiva decisão de mérito não fizeram qualquer referência à lei impugnada na presente demanda.

A par disso, registre-se que o art. 41 da LC nº 118 do Município de Barueri, com a redação dada pela LC nº 185/07, passou a vigor em setembro de 2007. Até a data da publicação da ata do julgamento do mérito desta ADPF nº 189/SP, o que ocorreu apenas nos idos de 2020 (15/9/20), o dispositivo em questão produziu efeitos com presunção de constitucionalidade.

Durante essa **mais de uma década**, diversos sujeitos passivos, de **boa-fé**, observaram essa legislação e recolheram o ISS com carga reduzida tal como previsto. Uma miríade de atos foi praticada à luz do citado art. 41. A segurança jurídica e o excepcional interesse social apontam, em meu modo de ver, para a direção de que a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo deve produzir efeitos somente a partir da data da publicação da ata do julgamento do mérito desta ADPF nº 189/SP (15/9/20), tal como estabelecido no acórdão ora embargado.

ADPF 189 AGR-ED-ED / SP

Perceba-se que fazer com que a declaração de inconstitucionalidade do art. 41 da LC nº 118 do Município de Barueri, com a redação dada pela LC nº 185/07, passe a ter efeitos a partir de 15/12/15 provoca, de maneira surpreendente e injusta, o surgimento de débitos de ISS contra os sujeitos passivos (inclusive os que sequer aderiram ao PPIPA-Barueri, programa sobre o qual discorrerei melhor mais à frente) que agiram de boa-fé, acreditando naquele imposto cobrado reduzidamente até 15/9/20.

Penso, ademais, que, muito dificilmente, tais sujeitos passivos tenham feito provisões para o pagamento da diferença do tributo em razão da medida cautelar deferida na ADPF nº 190/SP, a qual, repito, versou sobre lei de outro município.

Ressalto, ainda, a existência de diversos casos nos quais, tendo havido declaração de inconstitucionalidade de benefícios fiscais, o Supremo Tribunal Federal, ponderando os valores e as normas em conflito, modulou os efeitos da decisão conferido peso relevante aos interesses dos contribuintes. Nesse sentido, relembro de julgados envolvendo a guerra fiscal entre estados, no âmbito do ICMS.

Por exemplo, na ADI nº 4.481/PR, a Corte modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de benefício fiscal relativo ao ICMS instituído unilateralmente (sem prévia autorização do CONFAZ), estabelecendo que tal decisão passasse a produzir efeitos a partir da sessão de julgamento. Na ocasião, o Relator, Ministro **Roberto Barroso**, enfatizou que a norma invalidada havia vigorado, com presunção de constitucionalidade, por mais de 8 (oito) anos, e que “a atribuição [de] efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade **geraria um grande impacto e um impacto injusto para os contribuintes**” (grifo nosso). Atente-se que, não obstante a sólida e histórica jurisprudência da Corte acerca da inconstitucionalidade desse tipo de benefício fiscal, não se adotou, nessa modulação, marco temporal estabelecido na modulação de outro caso anterior, no qual se apreciou controvérsia análoga.

Vide outros casos em que foram feitas modulações protegendo, em boa medida, interesses dos contribuintes que haviam sido agraciados com benefícios fiscais concedidos no âmbito da guerra fiscal do ICMS, sem a

ADPF 189 AGR-ED-ED / SP

adoção de marcos temporais firmados em outros casos anteriores: i) na ADI nº 3.984/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 23/9/19, foram conferidos efeitos **ex nunc** à declaração de inconstitucionalidade, a partir da publicação da ata do julgamento; ii) na ADI nº 2.663/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 29/5/17, também foram conferidos efeitos **ex nunc** à declaração de inconstitucionalidade, a partir da publicação da ata do julgamento; iii) na ADI nº 6.222/CE-ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 22/9/20, definiu-se que a declaração de inconstitucionalidade deveria ter eficácia a partir da data do julgamento da ação direta. Nesse último caso, destacou-se que a norma reconhecida como inconstitucional havia vigorado com presunção de constitucionalidade por mais de 7 (sete) anos até o julgamento da ação direta e que “a atribuição de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade geraria um grande impacto financeiro, além de insegurança jurídica”.

Como se viu, a mesma lógica, **mutatis mutandis**, se aplica no presente caso, sendo certo que o art. 41 da LC nº 118 do Município de Barueri (com a exceção de seu § 4º), com a redação dada pela LC nº 185/07, também está inserido no contexto da guerra fiscal, embora entre municípios e no âmbito do ISS. Reitero, nessa toada, que deve ser mantido o marco estabelecido no acórdão ora embargado, a fim de que a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo passe a ter efeitos a partir da publicação da ata do julgamento do mérito (15/9/20), não devendo ser adotado o marco temporal estabelecido na modulação da ADPF nº 190/SP (15/12/15).

De outro giro, não posso deixar de levar em consideração, no presente debate, o fato de que, no período entre a publicação da ata do julgamento do mérito e a apreciação dos primeiros embargos de declaração por meio do julgado ora embargado (no qual a Corte modulou os efeitos da decisão), o Município de Barueri editou a Lei nº 2.810, de 18 de março de 2021, instituindo o Programa de Pagamento Incentivado de Parcelamento Administrativo (PPIPA-Barueri). Por meio desse programa, permitiu a municipalidade que contribuintes de boa-fé, atingidos pela

ADPF 189 AGR-ED-ED / SP

presente arguição, pudessem parcelar seus débitos com exclusão de multas e juros².

É bem provável que alguns sujeitos passivos, embora abrangidos pela modulação dos efeitos da decisão tal como estabelecida no acórdão ora embargado, tenham aderido ao PPIPA-Barueri e realizado efetivos pagamentos de parcelas de débitos de ISS, **que, a rigor e à luz da citada modulação, são indevidos**. Determinar a devolução desses pagamentos aos sujeitos passivos pode impactar, de maneira importante, as finanças e o orçamento do município.

Levando em conta esse contexto, julgo ser necessário realizar apenas um ligeiro ajuste a título de modulação dos efeitos da decisão, de modo a estabelecer que devem ficar mantidos os pagamentos efetivamente realizados até a data da publicação da ata de julgamento dos presentes embargos de declaração no âmbito do PPIPA-Barueri pelos sujeitos passivos abarcados pela modulação dos efeitos da decisão estabelecida no acórdão ora embargado.

Ante o exposto, pedindo vênia, mais uma vez, ao ilustre Relator, acolho apenas em parte os embargos de declaração para estabelecer tão

2 “Art. 5º O sujeito passivo poderá proceder ao pagamento do montante principal do débito consolidado, calculado na conformidade do art. 4º desta lei:

(...)

VI - Nos casos administrativos ou judiciais que se enquadrem no que restou julgado nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 189 e 190 do Supremo Tribunal Federal - STF, será permitido, mediante comprovação pelo contribuinte e homologação da Fiscalização e Procuradoria Fiscal, o parcelamento do débito com exclusão de juros e multa por até 48 vezes.

§ 1º As reduções referidas nos incisos I, II, III, IV, V e VI deste artigo incidirão sobre o valor dos juros moratórios e multas, salvo se as multas fizerem parte do débito principal.

§ 2º Para os parcelamentos de que tratam os incisos II e III, IV, V e VI deste artigo, o valor do débito consolidado, com as pertinentes reduções, será convertido em UFIB's e dividido pelo número de parcelas.

§ 3º O valor mínimo de cada parcela deverá ser de 1 (uma) UFIB para pessoas físicas e de 5 (cinco) UFIB's para pessoas jurídicas, exceto para o parcelamento da alínea "d", do inciso III deste artigo, para o qual o valor mínimo de cada parcela será de 225 (duzentas e vinte e cinco) UFIB's”.

ADPF 189 AGR-ED-ED / SP

somente que fiquem mantidos os pagamentos efetivamente realizados até a data da publicação da ata de julgamento dos presentes embargos de declaração no âmbito do Programa de Pagamento Incentivado de Parcelamento Administrativo (PPIPA-Barueri, Lei nº 2.810/21) pelos sujeitos passivos abarcados pela modulação dos efeitos da decisão estabelecida no acórdão ora embargado.

É como voto.

EMB.DECL. NOS 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)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
INTDO.(A/S)	: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BARUERI
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE BARUERI
AM. CURIAE.	: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS - ABRASF
ADV.(A/S)	: RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA

VOTO

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO:

1. Conforme relatado, trata-se de Embargos de Declaração, opostos pelo Município de Barueri, em face do acórdão que acolheu, em parte, os primeiros aclaratórios.

2. Sustenta o embargante que, embora o acórdão recorrido tenha se pronunciado sobre os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, fixou como marco inicial para a produção dos efeitos da decisão a data da publicação da ata de julgamento do mérito da presente ADPF, qual seja, 15/09/20. No entanto, *“tal entendimento acabou por desprestigiar os interesses públicos envolvidos, que dizem respeito à arrecadação do Município Embargante (art. 11 da Lei 9.882/99)”* (fls. 03, e-doc. 120).

3. Assim, requer, em síntese, que *“os efeitos da r. decisão ora embargada sejam modulados, tendo como termo inicial a data de 15/12/2015, fixada na ADPF nº 190, com o que restará atendido o efeito ex tunc das decisões proferidas*

ADPF 189 AgR-ED-ED / SP

em sede de ADPF” (fls. 08, e-doc. 120).

4. Em sessão iniciada em 16/02/24, no Plenário Virtual, o Relator Ministro Edson Fachin votou pelo acolhimento dos presentes Embargos, retificando a modulação dos efeitos da decisão, a fim de definir como termo inicial para a produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade a data do deferimento da medida cautelar na ADPF 190/DF, qual seja 15/12/15.

5. Com a devida vênia, **divirjo** do entendimento do Relator.

6. Conforme observo, **o acórdão embargado corretamente definiu como termo inicial para a produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a data da publicação da decisão de mérito da presente ação.** Ao fazê-lo, este Supremo Tribunal seguiu sua jurisprudência consolidada, a qual fixa o referido marco temporal inicial nas hipóteses de modulação para a produção de efeitos *ex nunc*. Nesse sentido, para ilustrar, cito:

“Recurso extraordinário. Direito tributário. IPTU. Isenção. Lei nº 2.982/20 do Município de Itirapina/SP. Ausência de prévia estimativa de impacto orçamentário e financeiro. Inconstitucionalidade. Artigo 113 do ADCT. Modulação dos efeitos da decisão. 1. De acordo com a jurisprudência da Corte, deve ser observado por todos os entes da federação o art. 113 do ADCT, o qual estabelece que a proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro. 2. Incidiu em inconstitucionalidade a Lei nº 2.982/20 do Município de Itirapina/SP, a qual dispôs sobre isenção de IPTU, em razão de a respectiva proposição legislativa não ter sido acompanhada de estimativa de impacto orçamentário e financeiro. 3. A isenção de IPTU a que se refere a lei questionada está relacionada a relevante aspecto social, beneficiando municípios inseridos em contexto de especial vulnerabilidade. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. 4. Recurso

ADPF 189 AgR-ED-ED / SP

extraordinário ao qual se dá provimento, declarando-se a inconstitucionalidade formal da Lei nº 2.982 do Município de Itirapina/SP, de 10 de agosto de 2020. 5. Modulação dos efeitos da decisão, estabelecendo-se que ela produza efeitos ex nunc, a partir da data da publicação da ata de julgamento do mérito, de modo a preservar as isenções de IPTU concedidas até a mesma data". (RE 1343429, Relator o Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 18/04/24)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DISTRITAL 5.551/15. PROVIMENTO. I - São cabíveis embargos de declaração para conhecer de pedido de modulação dos efeitos da decisão de mérito das ações de controle concentrado. Precedentes. II - Embargos de declaração providos, para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei 5.551/15, do Distrito Federal, e, assim, preservar os parcelamentos concedidos até 04/04/2023, data da publicação da ata de julgamento do mérito”. (ADI 6578, Relator o Ministro Cristiano Zanin, Tribunal Pleno, DJe 01/04/24)

7. Outrossim, destaco que a pretensão de fixação da data da concessão da medida cautelar na ADPF 190/DF como termo inicial para a produção dos efeitos da inconstitucionalidade declarada na presente ação, sob o argumento da identidade das razões de decidir nas duas ações, não merece acolhimento. Ressalto que **se trata de medida cautelar**

ADPF 189 AgR-ED-ED / SP

concedida em ação distinta, que sequer tramitou conjuntamente com esta ADPF. Na presente ADPF, não houve concessão de medida cautelar.

8. Por fim, sublinho que **o entendimento adotado no acórdão recorrido - o qual defendo seja mantido - não desprestigia a necessidade de promover a segurança jurídica**, preservando as relações jurídicas firmadas com base na LC n. 118/02, na redação dada pela LC n. 185/07, ambas do Município de Baueri, até a declaração de sua inconstitucionalidade. Aliás, a necessidade de preservação da segurança jurídica constitui pressuposto para a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, nos termos do art. 11 da Lei n. 9.882/99.

Ante o exposto, **deixo de acolher os presentes Embargos de Declaração**, a fim de que seja mantido como termo inicial da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da LC n. 118/02, na redação dada pela LC n. 185/07, ambas do Município de Baueri, **a data da publicação da ata de julgamento do mérito da presente ADPF, qual seja, 15/09/20.**

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

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

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. FLÁVIO DINO

EMBTE.(S) : MUNICIPIO DE BARUERI

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

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

EMBD0.(A/S) : GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S) : PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BARUERI

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

AM. CURIAE. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

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

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS - ABRASF

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

Decisão: Após os votos dos Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin, que acolhiam os embargos de declaração para retificar o prazo proposto de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, considerando o termo inicial a partir da data do deferimento da medida cautelar na ADPF, qual seja, 15.12.2015, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Plenário, Sessão Virtual de 16.2.2024 a 23.2.2024.

Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou os embargos de declaração, a fim de que seja mantido como termo inicial da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da LC n. 118/02, na redação dada pela LC n. 185/07, ambas do Município de Barueri, a data da publicação da ata de julgamento do mérito da presente ADPF, qual seja, 15/09/2020. Ficaram vencidos: a) os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Cristiano Zanin e Cármen Lúcia, que acolhiam os embargos para retificar o prazo de modulação e considerar o termo inicial a partir da data do deferimento da medida cautelar na ADPF (15.12.2015), e b) os Ministros Dias Toffoli, André Mendonça, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Nunes Marques, que acolhiam apenas em parte os embargos para estabelecer tão somente que ficam mantidos os pagamentos efetivamente realizados até a data da publicação da ata de julgamento dos presentes embargos de declaração no âmbito do Programa de Pagamento Incentivado de Parcelamento Administrativo pelos sujeitos passivos abarcados pela modulação dos efeitos da decisão estabelecida no acórdão ora

embargado. Redigirá o acórdão o Ministro Flávio Dino. Plenário, Sessão Virtual de 19.4.2024 a 26.4.2024.

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

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário