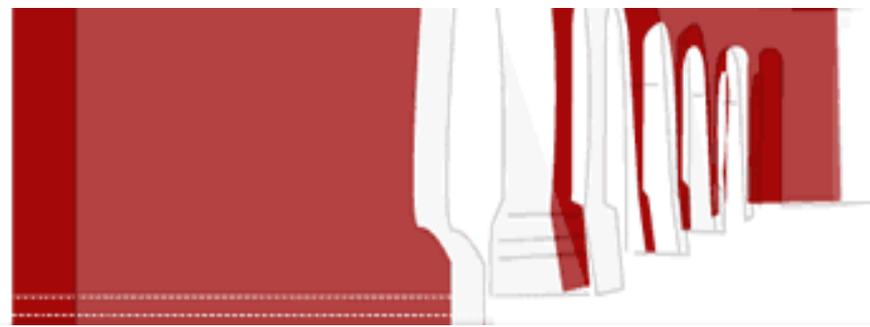




Faculdade de Direito  
Universidade de São Paulo



**Disciplina:** DIREITO TRIBUTÁRIO CONSTITUCIONAL

**Docentes:** PROFESSOR LUÍS EDUARDO SCHOUERI  
PROFESSOR PAULO AYRES BARRETO

# **ABATIMENTO DA BASE DE CÁLCULO DO ISS E DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

**27.08.2020**

# **APRESENTAÇÃO DO CASO**

# CONTEXTUALIZAÇÃO



**RE 547.245**



**RECORRENTE: ITAJAÍ**  
**RECORRIDO: BANCO FIAT**



**RE 592.905**



**RECORRENTE: HSBC**  
**RECORRIDO: CAÇADOR**

SUSTENTAÇÃO PELO CONTRIBUINTE – DR. HAMILTON DIAS DE SOUZA  
SUSTENTAÇÃO PELO FISCO – DR. LUÍS ROBERTO BARROSO

# CONTEXTUALIZAÇÃO

**EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. OPERAÇÃO DE LEASING FINANCEIRO. ARTIGO 156, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.**

O ARRENDAMENTO MERCANTIL COMPREENDE TRÊS MODALIDADES, [i] O **LEASING OPERACIONAL**, [ii] O **LEASING FINANCEIRO** E [iii] O CHAMADO **LEASE-BACK**. NO PRIMEIRO CASO HÁ LOCAÇÃO, NOS OUTROS DOIS, SERVIÇO. A LEI COMPLEMENTAR NÃO DEFINE O QUE É SERVIÇO, APENAS O **DECLARA**, PARA OS FINS DO INCISO III DO ARTIGO 156 DA CONSTITUIÇÃO. NÃO O INVENTA, SIMPLEMENTE **DESCOBRE O QUE É SERVIÇO** PARA OS EFEITOS DO INCISO III DO ARTIGO 156 DA CONSTITUIÇÃO. NO ARRENDAMENTO MERCANTIL (**LEASING FINANCEIRO**), CONTRATO AUTÔNOMO QUE NÃO É MISTO, **O NÚCLEO É O FINANCIAMENTO**, NÃO UMA PRESTAÇÃO DE DAR. É **FINANCIAMENTO É SERVIÇO**, SOBRE O QUAL O ISS PODE INCIDIR, RESULTANDO IRRELEVANTE A EXISTÊNCIA DE UMA COMPRA NAS HIPÓTESES DO LEASING FINANCEIRO E DO LEASE-BACK. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

# CONTEXTUALIZAÇÃO

COMPLEXO DE SUJEIÇÃO



**SUJEIÇÃO ATIVA DO ISS: ONDE DEVE SER COBRADO?**

# CONTEXTUALIZAÇÃO



## RESP 1.117.121/SP (REGIME DO REPETITIVO)

- a) **Regra geral**: ISS devido no **local do estabelecimento prestador** (local onde a empresa que é o contribuinte desenvolve a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação, contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas)
- b) **Regra especial**: a falta de estabelecimento do prestador, no **local do domicílio do prestador**.
- c) **Regras de exceção**: hipóteses previstas nos **incisos I a XXV do art. 3º da LC 116/03**, mesmo que não haja local do estabelecimento prestador, ou local do domicílio do prestador, o imposto será devido nos locais indicados nas regras de exceção.

# CONTEXTUALIZAÇÃO

## LEI 2.614/1997, DO MUNICÍPIO DE POÁ (ARTS. 190, § 2º E 191, §§ 6º E 7º)

**Art. 190.** A **base de cálculo** do imposto é o preço do serviço, assim considerada a receita bruta (...) § 2º **Não serão incluídos no preço** do serviço: (...) II – os seguintes tributos federais, relativos à prestação de serviços tributáveis (...):

- a) Imposto de Renda de Pessoa Jurídica;
- b) Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido;
- c) PIS/PASEP;
- d) COFINS.

(...) § 7º Na prestação de serviço a que se refere o subitem 15.09 (**leasing**) da Lista de Serviços não será incluído no preço do serviço o valor do bem, na proporção do valor arrendado.

# ADPF Nº 190



O governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda, ajuizou no Supremo ação contra a Lei 2.614/97 de Poá. A norma representaria, segundo Arruda, uma redução da cobrança do imposto abaixo do mínimo legal. Afirma que **o DF tem perdido empresas graças a descontos deste tipo.**

**ADPF** visa impugnar normas municipais estabelecendo, para efeito de cálculo do ISS, exclusão dos valores correspondentes ao recolhimento do IRPJ, da CSL, do PIS/Pasep, da Cofins e também o valor do bem envolvido em contratos de arrendamento mercantil.

# ADPF Nº 190

## ADPF

**CR/88 - Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 1.º A argüição de **descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição**, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

**Lei nº 9.882, de 03/12/1999 - Art. 1º** A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar **lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público**.

# ADPF Nº 190

## CR/88 COM ALTERAÇÕES DA EC 37/2002

**CR/88 - Art. 156.** Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) III - serviços de qualquer natureza (...). § 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do *caput* deste artigo, **cabe à lei complementar: I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas.**

**ADCT - 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 mesmo artigo: 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 31/12/1968; 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.

# ADPF Nº 190

## LIMINAR EM ADPF

**Lei nº 9.882, de 03/12/1999 - Art. 5º** O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República,

# ADPF Nº 190

## MANIFESTAÇÃO DA PGR



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Procuradoria-Geral da República

A Emenda Constitucional 37, de 12 de junho de 2002, deu nova redação ao art. 156, § 3º, I, da CR, a fim de atribuir a lei complementar disciplinar alíquota mínima do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN ou ISS). Também inseriu o art. 88 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT/1988), segundo o qual municípios não podem fixar alíquota inferior a 2% nem conceder isenções, incentivos e benefícios fiscais que impliquem redução indireta do percentual ou carga tributária menor do que a decorrente da aplicação dessa alíquota.<sup>2</sup>

Observam acertadamente KİYOSHI HARADA,<sup>3</sup> JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELLO<sup>4</sup> e AIRES F. BARRETO<sup>5</sup> que a fixação de alíquota mínima de 2% para o ISS teve como objetivo eliminar disputa fiscal entre municípios brasileiros (a chamada “guerra fiscal”)

# ADPF Nº 190

## MANIFESTAÇÃO DA PGR



A Procuradoria Geral da República, em manifestação pela concessão da liminar sustenta que a redução da base de cálculo provoca, indiretamente, a redução da alíquota do imposto pois reduz a carga tributária incidente sobre a prestação do serviço

# ADPF Nº 190

**Sexta-feira, 18/12/2015**

**Liminar suspende lei municipal de Poá (SP) que permitia redução de alíquota de ISS**

Liminar deferida pelo ministro Edson Fachin, *ad referendum* do Plenário do STF, na ADPF nº 190 suspendeu a eficácia de normas do município de Poá (SP) que alteraram a base de cálculo do ISSQN.

Os dispositivos suspensos permitiam a redução da alíquota em percentual menor que 2%, mínimo permitido pela Constituição Federal.

Jurisprudência do STF é firme no sentido de que **lei municipal não pode definir base de cálculo de imposto**, pois se trata de **matéria reservada a lei complementar**.



# ADPF Nº 190

**Sexta-feira, 18/12/2015**

**Liminar suspende lei municipal de Poá (SP) que permitia redução de alíquota de ISS**

Fundamentos: o confronto entre a lei atacada e a Lei Complementar 116/2003, verifica-se a invasão de competência da União por parte do município de Poá, o que caracteriza **vício formal de inconstitucionalidade**.



“Por outro lado, também há violação ao artigo 88, inciso I, do ADCT, uma vez que resta violada, **ainda que indiretamente**, a alíquota mínima de 2% fixada em nível constitucional”

# ADPF Nº 190

**Sexta-feira, 18/12/2015**

**Liminar suspende lei municipal de Poá (SP) que permitia redução de alíquota de ISS**

A longevidade da norma e os graves vícios de inconstitucionalidade demonstram,

por si só, os danos da lei impugnada à saúde financeira de outros entes federativos, especialmente por meio da **guerra fiscal**.

A cautelar foi concedida para suspender a eficácia dos dispositivos da Lei 2.614/1997 do município de Poá, até o julgamento definitivo.



# CONTEXTUALIZAÇÃO

## **Legalidade como garantia contra abuso do poder**

**CR/88 - Art. 5º (...)** II. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

## **Legalidade como limitação ao poder de tributar (RESERVA DE LEI)**

**CR/88 - Art. 150 (...)** I. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado (...): I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

## **Reserva de lei complementar**

**CR/88 - Art. 146.** Cabe à lei complementar (...). II. Regular as limitações ao poder de tributar.

## **CTN ao regular limitação ao poder de tributar**

**Código Tributário Nacional - Art. 97.** Somente a lei pode estabelecer: (...)  
IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo.

# SUSTENTAÇÕES ORAIS

## PARTES

**Marcelo Galvão**  
(Procurador do DF)

**Guido Boni**  
(Procurador do Município de Poá)

## *AMICI CURIAE*

**Roberto Silva da Rocha**  
(Procurador do Município de Porto Alegre)

**Felipe Gonzáles**  
(Procurador do Município de São Paulo)

**Ricardo Almeida**  
(Advogado da Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras)

**Paulo Ayres Barreto**  
(Advogado do Município de Barueri)

**Anna Zonari**  
(Advogada da Associação Brasileira das Empresas de Leasing)

# SUSTENTAÇÕES ORAIS



Duração: 22' e 32''

# SUSTENTAÇÕES ORAIS

## QUESTÕES ENFRENTADAS

- Votação das **preliminares**
- **Convolação** do referendo da liminar em julgamento da ação principal
- **Questão de ordem** da PGR
- **Modulação** dos efeitos da decisão, com efeitos prospectivos "*ex nunc*"
- Qual o ***dies a quo***: a partir da data da concessão da liminar, do próximo ano fiscal ou de qual data?

# RESULTADO DO JULGAMENTO



DECISÃO: **(1)** O Tribunal, por maioria, conheceu em parte da argüição e rejeitou as demais preliminares, vencido o Ministro Marco Aurélio, que entendia inadequada a ação ajuizada.

**(2)** Em seguida, converteu o julgamento do referendo da cautelar em julgamento do mérito, vencido o Ministro Marco Aurélio.

# RESULTADO DO JULGAMENTO



**DECISÃO:** No mérito, o Tribunal, por maioria, conhecida parcialmente da argüição, quanto à parte conhecida, julgou-a **procedente para declarar a inconstitucionalidade dos artigos** 190, § 2º, inciso II; e 191, § 6º, inciso II, e § 7º, da Lei nº 2.614/1997, **do Município de Estância Hidromineral de Poá**, São Paulo, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente a ação.

# RESULTADO DO JULGAMENTO



DECISÃO: Fixada tese nos seguintes termos: **(1)** “É inconstitucional lei municipal que veicule exclusão de valores da base de cálculo do ISSQN fora das hipóteses previstas em lei complementar nacional”

**(2)** “Também é incompatível com o Texto Constitucional medida fiscal que 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”

# RESULTADO DO JULGAMENTO



## DECISÃO:

O Tribunal deliberou que a declaração de inconstitucionalidade tenha **efeitos** a partir da data do deferimento da cautelar. Tudo nos termos do voto do Relator.

O Ministro Marco Aurélio não fixou tese nem modulou os efeitos da decisão.

# CONJUR – 29/09/2016



Consultor Jurídico  
conjur.com.br

GUERRA FISCAL

## STF declara inconstitucional lei municipal que reduz base de cálculo do ISS

29 de setembro de 2016, 22h03

 [Imprimir](#)

 [Enviar](#)

 [411](#)

 [1](#)

 [155](#)

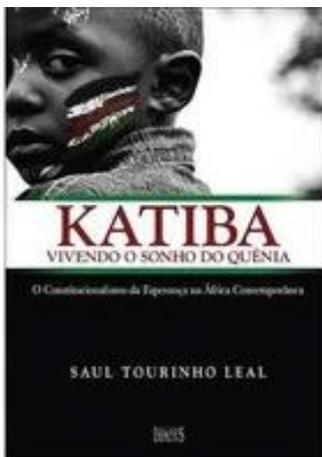


Municípios não podem reduzir a base de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), porque esse tipo de medida viola competência da União e afronta diretamente o artigo 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), segundo o qual a alíquota mínima do tributo é de 2%. Com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucionais dispositivos de duas normas do município de Poá (SP).

As Leis 3.269 e 3.276 de 2007 excluíram da base de cálculo do ISS os tributos federais e, nas operações de *leasing* (arrendamento mercantil), o valor do bem arrendado. O governo do Distrito Federal foi ao STF contra essas normas, argumentando que estimularam a “guerra fiscal” e prejudicaram a arrecadação dos demais entes federados.

# SAUL TOURINHO LEAL

Bacharel em Direito pelo Instituto Camillo Filho, em Teresina/PI. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, com dissertação publicada pela editora Fórum, sob o título: “Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal”. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP, tendo sua tese publicada pela Almedina, sob o título: “Direito à Felicidade”. Foi assessor da Corte Constitucional da África do Sul, junto ao juiz Edwin Cameron e da vice-presidência da Suprema Corte de Israel, junto ao juiz Hanan Melcer. Recebeu do Conselho Federal da OAB, pelo trabalho que desempenhou no país, o troféu Mérito da Advocacia Raymundo Faoro. É professor de Direito Constitucional, autor de vários livros e, no Brasil, tradutor da obra do juiz sul-africano Albie Sachs.



# QUESTÕES

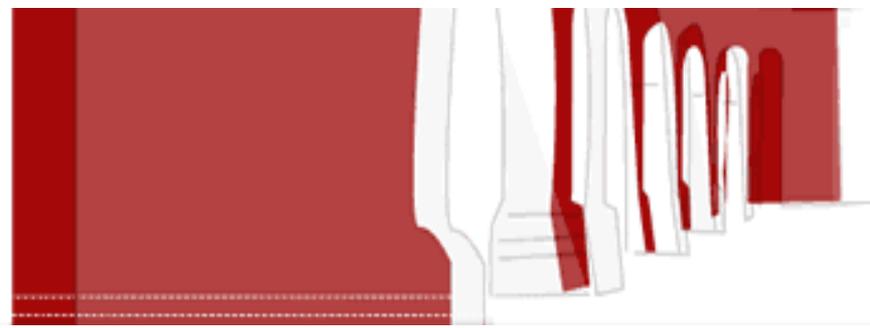
- ✓ Na opinião de V. Exa., caberia a ADPF neste caso? Em caso positivo, este é um instrumento importante para o direito tributário?
- ✓ Qual a opinião de V. Exa. sobre as sustentações orais realizadas? Quais dicas daria para uma boa sustentação oral?
- ✓ A obra “Direito à felicidade” de V. Exa. foi citada pelo Min. Celso de Mello em importante caso do STF. Como começou a atuar nesta Corte?
- ✓ Na opinião de V. Exa., o STF é um tribunal ativista ou passivista em questões tributárias?
- ✓ Fala-se muito hoje a respeito de argumentos econômicos. Até que ponto o STF deve considerar as consequências de suas decisões?
- ✓ Em que consiste o trabalho em monitorar as decisões do STF e quais informações são importantes nesta atividade, em especial ao tributarista?
- ✓ O que é importante conhecer a respeito dos integrantes do STF? Poderia nos passar as impressões de V. Exa. sobre a composição atual?

# OUTRAS QUESTÕES

**DÚVIDAS?**



Faculdade de Direito  
Universidade de São Paulo



# OBRIGADO!

**LEONARDO.BRANCO@USP.BR**

**TULIO.VENTURINI.SOUZA@USP.BR**

**LINK PALIATIVO: <https://youtu.be/3nBmLY-C4y8>**