

VOTO-VISTA

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Presidente):

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, tendo por objeto do art. 41 da LC nº 118/02 do Município de Barueri, na redação dada pela LC nº 185/07, por violação do art. 1º, **caput**, da Constituição Federal (princípio federativo) e do art. 88 do ADCT.

Preliminarmente, aduz ser parte legítima para o ajuizamento da ação e estar presente a pertinência temática. A respeito desse último ponto, diz que a norma questionada afeta diretamente os interesses do Distrito Federal, pois “representa um desfalque na arrecadação do ISS”.

Sobre o cabimento da ADPF, alega estarem presentes a violação de preceito fundamental (no caso, o princípio federativo), o ato do Poder Público causador da lesão e a inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade.

No mérito, argumenta que o dispositivo contestado, embora estabeleça em tese a alíquota mínima constitucionalmente determinada, consigna abatimentos na base de cálculo do ISS que resultam, na verdade, em redução do valor mínimo do imposto devido.

Nas informações por si prestadas, o Prefeito de Barueri pugnou pelo descabimento e pela improcedência da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O Advogado-Geral da União manifestou-se pelo conhecimento parcial da arguição e, no mérito, por sua parcial procedência, para que se declare a inconstitucionalidade do **caput**; dos §§ 1º a 3º e §§ 5º a 10 bem como da expressão “7.02”, inscrita no § 4º, todos do art. 41 da LC nº 118/02, do Município de Barueri, na redação que lhes foi conferida pela Lei Complementar Municipal nº 191/07.

O parecer do Procurador-Geral da República foi pelo conhecimento parcial da arguição e pelo parcial deferimento do pedido cautelar, para que seja suspensa a eficácia dos §§ 1º a 3º e §§ 5º a 10 bem como da expressão “7.02”, inscrita no § 4º, todos do art. 41 da LC nº 118/02, do Município de Barueri.

O Relator, em decisão monocrática, negou seguimento ao pedido formalizado, sob o argumento de que o requerente busca aquilo que seria possível “caso lei municipal desafiasse o controle concentrado mediante ação direta de inconstitucionalidade”. Sua Excelência também registrou não vislumbrar, na espécie, conflito federativo. Afora isso, apontou que, só por via transversa, estaria configurada afronta a preceito fundamental, pois o art. 88, I, do ADCT versa sobre alíquota mínima de ISS, enquanto a alegação do autor diz respeito à redução da base de cálculo do tributo.

Contra a decisão o Governador do Distrito Federal interpôs o agravo regimental.

Votou o Relator, o Ministro **Marco Aurélio**, pela negativa de provimento ao agravo. Abriu divergência o Ministro **Edson Fachin**, dando provimento ao agravo regimental para conhecer da arguição de descumprimento de preceito fundamental e julgá-la procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 41 da Lei Complementar nº 118 do Município de Barueri, na redação dada pela Lei Complementar nº 185/2007. Acompanharam Sua Excelência os Ministros **Alexandre de Moraes**, **Gilmar Mendes**, **Rosa Weber**, **Luiz Fux**, **Ricardo Lewandowski**, **Celso de Mello** e **Roberto Barroso**. Pedi vista dos autos para melhor analisar o caso.

É o relatório.

Desde já peço vênias para divergir do ilustre Relator, o Ministro **Marco Aurélio**, e, em parte, do Ministro **Edson Fachin** e, conseqüentemente, dos Ministros que o acompanharam.

Em primeiro lugar, trato de minha divergência em relação ao voto do eminente Relator.

Como se viu, Sua Excelência entende não ser admissível a arguição. Verifica-se, contudo, que a Corte já se debruçou sobre caso praticamente idêntico, concluindo em sentido diverso.

Na ADPF nº 190/DF, o Tribunal Pleno reconheceu o cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, para se contestar lei municipal concessiva de abatimentos na base de cálculo do ISS que representam, na verdade, redução do valor mínimo do imposto devido (art. 88 do ADCT).

Na essência, o Relator daquele caso, o Ministro **Edson Fachin**, destacou que o preceito fundamental indicado como violado foi a forma federativa

de Estado e sua dimensão fiscal. Também consignou que o requisito da subsidiariedade da ADPF estava presente, registrando-se que, na hipótese de haver controle abstrato da lei municipal perante o Tribunal de Justiça local, deve haver suspensão de tal processo, até a deliberação definitiva do STF. Ademais, assentou ter o Governador do DF legitimidade para ajuizar a arguição, na medida em que o Distrito Federal cumula competência tributária estadual e municipal.

Tenho, para mim, que o mesmo entendimento deve ser aplicado ao presente caso. Nesse sentido, julgo que deve ser dado provimento ao agravo regimental para, afastando-se os óbices apontados na decisão agravada, se determinar o regular processamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Nesse ponto, passo a tratar de minha parcial divergência em relação ao voto do Ministro **Edson Fachin**.

Sua Excelência sustenta que a arguição deve ser conhecida e, na sequência, avança no mérito para julgá-la procedente.

Com a devida vênia, entendo que devemos nos limitar apenas ao provimento do agravo regimental para, afastando-se os óbices apontados na decisão agravada, determinar o seguimento da arguição.

São dois os principais motivos em que me aparo. O primeiro: o Relator, o Ministro **Marco Aurélio**, não teve a oportunidade de se manifestar quanto ao mérito da presente arguição. Note-se que Sua Excelência se restringiu, na decisão atacada e no voto em que nega provimento ao regimental, a analisar a admissibilidade da ação nos termos já descritos. O segundo: ao se dar provimento ao agravo regimental nos termos por mim sugeridos, abre-se a possibilidade de haver sustentações orais.

De mais a mais, considero que cabe ao Relator analisar **eventuais** preliminares de mérito não apreciadas na decisão agravada. Registre-se que podem existir outras questões preliminares suscitadas nos autos que Sua Excelência deixou de apreciar, por entender que aquelas razões já seriam suficientes para a não admissão de toda a ação. Caso se dê provimento ao agravo regimental e, desde logo, se julgue procedente a ADPF, estar-se-á também retirando a oportunidade de o Relator se manifestar sobre essas outras questões.

Vai na direção do resultado por mim sugerido a decisão da Corte na ADPF nº 626/DF-AgR. No agravo regimental, a parte atacava decisão que

havia reconhecido não ter ela legitimidade ativa . O Tribunal Pleno concluiu pelo provimento do recurso, “ para dar seguimento à arguição de descumprimento de preceito fundamental, reconhecida a [arguente] como legitimada ativa para a presente ação ”.

No mesmo sentido, cito a ADPF nº 328/MA-AgR. A Corte deu provimento ao agravo regimental interposto pela arguente contra decisão que havia reconhecido sua ilegitimidade ativa, por falta de pertinência temática. Opostos embargos de declaração, o Tribunal Pleno consignou o seguinte:

“DIREITO PROCESSUAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL. SUBSTITUIÇÃO DE RELATORIA LIMITADA À LAVRATURA DO ACÓRDÃO DO AGRAVO. MANUTENÇÃO DO RELATOR ORIGINÁRIO PARA CONTINUIDADE DE JULGAMENTO. EMBARGOS CONHECIDOS E PROVIDOS. PRECEDENTES. 1. A substituição de relator para redação de acórdão de agravo regimental interposto contra decisão de não conhecimento, no caso em que o relator originário é vencido, não acarreta a substituição para a continuidade de julgamento. Limita-se, ao contrário, apenas à lavratura do respectivo acórdão . 2. Nesses casos, deve ser mantida a relatoria originária para o prosseguimento do feito, inclusive, para a análise das eventuais preliminares de mérito ainda não apreciadas . Precedentes: RE 407.908, decisão da Presidência, Min^a. Ellen Gracie; HC 89.306-AgR, Rel^a. Min^a. Ellen Gracie; HC 89.025-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa. 3. Embargos de declaração providos” (ADPF nº 328/MA-AgR-ED, Tribunal Pleno Relator o Ministro **Roberto Barroso** , DJe de 11/9/18).

Ante o exposto, peço, mais uma vez, vênias para divergir do ilustre Relator, o Ministro **Marco Aurélio** , e, em parte, do Ministro **Edson Fachin** e dos Ministros que o acompanharam, para dar provimento ao agravo regimental a fim de, afastando-se os óbices apontados na decisão agravada, determinar o seguimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental como de direito.

É como voto.