

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Entendo que venda de apostas não é serviço. Valho-me, em primeiro lugar, da regra constitucional. O tributo da competência dos Municípios diz respeito a serviço prestado, ou seja, a desempenho de atividade, a obrigação de fazer e não de dar.

O Código Tributário Nacional mostrou-se pedagógico ao prever, no artigo 110, que:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

O aspecto formal, presente a Lei Complementar, cede ao princípio da realidade. Cede à definição do instituto “serviço”, que não pode ser confundido com venda de bilhetes de apostas. Onde há prestação de serviços? Onde há preponderância da prestação de serviços?

A partir desse enfoque é que a doutrina em peso, quando versa serviço, sinaliza a necessidade de existir não uma obrigação de dar, mas uma de fazer, de um esforço desenvolvido no tocante ao destinatário. E não se pode cogitar de lacuna normativa e estender competências tributárias específicas. O núcleo do tributo é único, ou seja, serviço, obrigação de fazer.

Em síntese, há de prevalecer a definição de cada instituto, e somente a prestação de serviços, envolvida na via direta a atividade humana, é fato gerador do tributo em comento. Prevalece a ordem natural das coisas cuja força surge insuplantável; prevalecem as balizas constitucionais e legais, a conferirem segurança às relações Estado-contribuinte; prevalece, alfim, a organicidade do próprio Direito, sem a qual tudo será possível no agasalho de interesses do Estado, embora não enquadráveis como primários.

Além disso, descabe estabelecer a cobrança de ISS, calculado sobre a venda de apostas, utilizando-se base de cálculo de imposto já existente –

Imposto sobre a Renda – e usurpando-se competência normativa da União para instituir impostos residuais, a teor do contido nos artigos 153, inciso III, e 154, inciso I, da Lei Maior.

Surgindo impróprio o enquadramento da venda como serviço, mostra-se inadequado placitar a incidência do tributo, ante a incompatibilidade material com o previsto no texto constitucional, sob pena de ter-se endosso à manipulação, pela legislação complementar, da repartição constitucional de competências.

Divirjo do Relator, para dar provimento ao extraordinário e, reformando a decisão recorrida, desde logo conceder a segurança, anulando os autos de infração. Eis a tese: “Surge incompatível com a Constituição Federal a incidência de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS calculado sobre vendas de apostas”.

É como voto.