

10/08/2010

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 495.370 PARANÁ

RELATOR : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**
AGTE. (S) : AUDICONTROL AUDITORIA E CONTROLE S/C
LTDA
ADV. (A/S) : OCTAVIO CAMPOS FISCHER E OUTRO(A/S)
AGDO. (A/S) : MUNICÍPIO DE CURITIBA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE
CURITIBA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. ISS. REGIME DE TRIBUTAÇÃO MAIS FAVORÁVEL. APURAÇÃO CONFORME VALOR PREFIXADO (TRIBUTO "FIXO" OU "ESPECÍFICO"). ART. 9º, DL 406/1968.

ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 5º, CAPUT, LIV, LV, 93, IX, 97, 150, I E II DA CONSTITUIÇÃO

FUNDAMENTO AUTÔNOMO E SUFICIENTE. INAPLICABILIDADE DO ART. 9º DO DL 406/1968. OFENSA INDIRETA OU REFLEXA. NECESSIDADE DE REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

1. Não há violação do dever de fundamentação das decisões judiciais ou do devido processo legal (arts. 5º, LIV, LV e 93, IX da Constituição), pois Tribunal de origem prestou jurisdição, ainda que com o resultado não concorde a parte vencida.

2. Não há violação do devido processo legal se o Tribunal de origem considera argumentação posta em contra-razões de apelação, ainda que sobre ela nada tenha dito a sentença recorrida.

3. A aplicação retroativa de mudança de entendimento da autoridade fiscal favorável ao contribuinte depende do exame de legislação infraconstitucional (Código Tributário Nacional e legislação de regência do tributo), além de se traduzir em fato novo, pelo que não pode ser examinada neste momento processual.

4. Não se aplica a reserva de Plenário ao julgamento que se limita a examinar a legislação ordinária sem a necessidade de invocar implícita ou explicitamente a Constituição para reforçar ou justificar a exegese.

4.1. Também não se aplica o art. 97 d Constituição ao juízo de recepção ou não de normas criadas anteriormente ao advento da Constituição.

5. A valoração, classificação e caracterização de dados representados nos autos, se não depender de reabertura da instrução, não atrai o óbice posto na Súmula 279/STF.

RE 495.370-AgR / PR

5.1. Contudo, para interpretar o art. 9º, § 3º do DL 406, o Tribunal de origem ateve-se apenas ao texto da legislação ordinária, sem invocar a Constituição para justificar sua exegese. Portanto, como o parâmetro de controle direto foi a legislação federal, e o recurso foi interposto antes da introdução da alínea d ao art. 102, III da Constituição (EC 45), eventual violação constitucional seria indireta ou reflexa.

Agravo regimental ao qual se nega provimento.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator.

Brasília, 10 de agosto de 2010.



JOAQUIM BARBOSA - Relator

10/08/2010

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 495.370 PARANÁ

RELATOR : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**
AGTE. (S) : AUDICONTROL AUDITORIA E CONTROLE S/C
LTDA
ADV. (A/S) : OCTAVIO CAMPOS FISCHER E OUTRO(A/S)
AGDO. (A/S) : MUNICÍPIO DE CURITIBA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE
CURITIBA

R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):**

Trata-se de agravo regimental interposto de decisão que tem o seguinte teor:

"DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal de Alçada do Paraná, o qual considerou que a recorrente não poderia efetuar o recolhimento do ISS nos termos do art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei 406/68, por dois motivos. Primeiramente, por ele não ter sido recepcionado pela Constituição federal. Além disso, entendeu que a atividade da recorrida não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei 406/68, mesmo no caso de se considerar ter ele sido recepcionado pela Carta Magna.

Alega-se, em síntese, a nulidade do acórdão, por violação aos arts. 5º, LIV, LV, 93, IX, e 97, da Constituição, e a necessidade de sua reforma, em face da afronta aos art. 5º, caput, 150, I e II, da Carta Magna.

Inexiste a alegada ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição, pois o acórdão recorrido, ao julgar o recurso interposto, inequivocamente prestou jurisdição, em observância aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, não há violação do art. 93, IX, da Constituição, na medida em que o acórdão recorrido

RE 495.370-AgR / PR

está devidamente fundamentado, ainda que com sua fundamentação não concorde o ora agravante.

Outrossim, não prospera a alegação de ofensa à norma contida no art. 97 da Carta Magna. Isso porque as normas infraconstitucionais anteriores à nova Constituição, se com ela compatíveis, são consideradas recepcionadas. Se incompatíveis, consideram-se revogadas pelo novo texto constitucional. Sendo caso de revogação e não de inconstitucionalidade, é desnecessário haver pronunciamento acerca da matéria pela maioria absoluta dos membros do Tribunal a quo.

Passando à questão de fundo, por ocasião do julgamento do RE 214.414-AgR (rel. min. Carlos Velloso, DJ de 29.11.2002), a Segunda Turma desta Corte assim decidiu:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. D.L. 406/68, art. 9º, § 2º, a e b.

I. - Dedução do valor dos materiais e subempreitadas no cálculo do preço do serviço. D.L. 406/68, art. 9º, § 2º, a e b: dispositivos recebidos pela CF/88. Citados dispositivos do art. 9º, § 2º, cuidam da base de cálculo do ISS e não configuram isenção. Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, art. 150, II e 145, § 1º, CF/88. RE 236.604-PR, Velloso, Plenário, 26.5.99, RTJ 170/1001.

II. - RE conhecido e provido. Agravo improvido."

Em sentido semelhante decidiu a Primeira Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do RE 438.166-AgR (rel. min. Carlos Britto, DJ de 28.04.2006, cuja ementa está assim redigida:

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. PARÁGRAFO 20 DO ART. 90 DO DECRETO-LEI Nº 406/1968. RECEPÇÃO PELA MAGNA CARTA DE 1988. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO INCISO III DO ART. 151 DA CARTA DE OUTUBRO.

O acórdão recorrido, ao consignar a incompatibilidade do § 2º do

RE 495.370-AgR / PR

art. 9º do D.L. nº 406/1968 em face do inciso III do art. 151 da Carta de Outubro, divergiu da pacífica jurisprudência desta colenda Corte sobre o tema, especialmente do que decidido pela Segunda Turma no julgamento do RE 214.414-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso. Precedentes do Plenário: REs 236.604 e 220.323, ambos de relatoria do Min. Carlos Velloso.

Outras decisões singulares no mesmo sentido: REs 217.238, 390.621 e 397.794, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 218.055, Rel. Min. Sydney Sanches; e RE 256.726, Rel. Min. Néri da Silveira.

Agravo regimental a que se nega provimento."

Ademais, por ocasião do julgamento do RE 236.604 (rel. min. Carlos Velloso, DJ de 06.08.1999), o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que o art. 9º, § 1º e § 3º, do DL 406/1969, que cuida da base de cálculo do ISS, foi recebido pela Constituição de 1988.

Confiram-se, em sentido semelhante, os seguintes precedentes: RE 212.202 (rel. min. Eros Grau, DJ de 03.06.2006), AI 552.114 (rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 26.04.2006), RE 390.621 (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14.06.2005), RE 399.650 (rel. min. Carlos Britto, DJ de 09.02.2005).

Entretanto, apesar de o entendimento relativo a não recepção do art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei 406/68, divergir da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, o recurso extraordinário não pode ser provido.

Isso ocorre, porque o acórdão recorrido assentou expressamente o não enquadramento da atividade da recorrida nas hipóteses previstas no art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei 406/68, mesmo que se considerasse ter ele sido recepcionado pela Carta Magna. A modificação desse entendimento esbarra tanto no óbice previsto na Súmula 279 do STF, quanto na necessidade de análise e interpretação de legislação infraconstitucional.

Do exposto, com base no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário.

RE 495.370-AgR / PR

Publique-se."

Sustenta-se, em síntese:

1) Violação da regra do dever de fundamentação das decisões judiciais e do devido processo legal (arts. 5º, LIV e LV e 93, IX da Constituição), na medida em que o acórdão recorrido teria inovado, ampliando o debate para abarcar fundamentos ignorados na sentença;

2) Contrariedade ao art. 97 da Constituição, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 9º. § 3º do DL 406/1968 por órgão fracionário do Tribunal;

3) Violação dos arts. 5º, caput, 150, I e II da Constituição, pois:

3.1.) Em período posterior, a própria administração passou a acolher a tese ora defendida judicialmente e;

3.2.) A reapreciação de elementos constante nos autos é possível no julgamento de recurso extraordinário, de modo a afastar a Súmula 279/STF no caso concreto. Conforme se argumenta, o Tribunal de origem interpretou equivocadamente os itens 25, 26 e 28 da lista anexa ao DL 406/1968 (LC 56/1987), para subsumir indevidamente a atividade própria de contabilistas à realização de perícias, laudos, exames técnicos, análises técnicas e avaliação de bens.

É o relatório.

RE 495.370-AgR / PR**V O T O****O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):**

Sem razão a parte-recorrente.

Não há violação do dever de fundamentação das decisões judiciais ou do devido processo legal (arts. 5º, LIV, LV e 93, IX da Constituição), pois Tribunal de origem prestou jurisdição, ainda que com o resultado não concorde a parte vencida.

Nesse sentido, é útil relembrar a seguinte passagem do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no RE 140.370:

"O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional".

Também não há violação do devido processo legal por supressão de instância. Vale lembrar que, embora a apelação devolve ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada, "serão [...] objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro" e "quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um

RE 495.370-AgR / PR

deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais" (art. 515, §§ 1º e 2º do CPC).

De fato, as contra-razões de apelação versam especificamente a aplicabilidade dos itens 26 e 28 da lista anexa ao DL 406/1968 - LC 56/1987 (Fls. 197).

Por outro lado, incabível a aplicação de princípio de justiça, tal como aventado pela parte-agravante.

A circunstância de a autoridade fiscal modificar seu entendimento em favor do contribuinte a partir de 2007 não implica aplicabilidade imediata às situações precedentes por duas razões. Em primeiro lugar, devido à alteração do parâmetro legal de controle (LC 116), seria necessário examinar a similitude dos quadros. Em segundo lugar, a retroação de mudanças do entendimento das autoridades fiscais é fato novo, regulado pelo Código Tributário Nacional e, portanto, não poderia ser examinada neste momento processual.

Sem mácula ao art. 97 da Constituição.

Na sessão de 18.06.2008, o Plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou o texto da Súmula Vinculante 10, assim redigida (DOU de 27.06.2008):

"Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

RE 495.370-AgR / PR

A simples ausência de aplicação de uma dada norma jurídica ao caso sob exame não caracteriza, tão-somente por si, violação da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, é possível que dada norma não sirva para desate do quadro submetido ao crivo jurisdicional pura e simplesmente porque não há subsunção. Para caracterização da ofensa ao art. 97 da Constituição, que estabelece a reserva de Plenário para declaração de inconstitucionalidade, é necessário que a causa seja decidida sob critérios diversos, alegadamente extraídos da Constituição, de modo a levar ao afastamento implícito ou explícito da norma por incompatibilidade com a Constituição.

Como ponderou o Ministro Moreira Alves:

"Observo, com relação a ela [refere-se à matéria constitucional], que é incomum que, para se interpretar um texto infraconstitucional, haja necessidade de, para reforçar a exegese, se invocarem textos constitucionais, exceto quando seja preciso conciliar a lei ordinária com a Constituição por meio da técnica da interpretação conforme a Carta Magna" (RE 147.684, rel. min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ de 02.04.1993).

Nesse sentido, decidiu o Pleno desta Corte, em precedente de minha relatoria:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DE NORMA FEDERAL. CAUSA DECIDIDA SOB CRITÉRIOS DIVERSOS ALEGADAMENTE EXTRAÍDOS DA CONSTITUIÇÃO. RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR

RE 495.370-AgR / PR

118/2005, ARTS. 3º E 4º. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (LEI 5.172/1966), ART. 106, I. RETROAÇÃO DE NORMA AUTO-INTITULADA INTERPRETATIVA. "Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição" (RE 240.096, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 21.05.1999). Viola a reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) acórdão prolatado por órgão fracionário em que há declaração parcial de inconstitucionalidade, sem amparo em anterior decisão proferida por Órgão Especial ou Plenário. Recurso extraordinário conhecido e provido, para devolver a matéria ao exame do Órgão Fracionário do Superior Tribunal de Justiça." (RE 482.090, rel. min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe de 13.03.2009).

Ademais, é importante lembrar que não se exige a reserva estabelecida no art. 97 da Constituição sempre que o Plenário, ou órgão equivalente do Tribunal, já tiver decidido a questão (cf., e.g., o AI 555.254-AgR, rel. min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 30.04.2008 e o RE 255.147-AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 23.03.2007, além do art. 481, § único, do Código de Processo Civil). Também não se exige a submissão da matéria ao colegiado maior se a questão já foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal (cf. o RE 227.018, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 04.09.1998 e o RE 191.905, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 29.08.1997).

No caso em exame, o acórdão recorrido não afastou a aplicação do art. 9º, § 3º do DL 406/1968 com base em critérios

RE 495.370-AgR / PR

extraídos da Constituição, seja explícita ou implicitamente. Portanto, não houve controle de constitucionalidade incidental quanto ao ponto, de modo a afastar a reserva de Plenário como requisito para a atividade jurisdicional.

Por fim, correto o contribuinte-agravante no sentido de que a valoração, classificação e caracterização de dados representados nos autos, se não dependerem de reabertura da instrução, não atraem o óbice posto na Súmula 279/STF.

De fato, descabe confundir enquadramento jurídico de fatos com reexame de provas (cf, e.g., o RE 58.990, voto do Ministro Aliomar Baleeiro, *RTJ* 39/380 e o RE 140.270, rel. min. Marco Aurélio, Segunda Turma, *DJ* de 18.10.1996).

Contudo, para interpretar o art. 9º, § 3º do DL 406, o Tribunal de origem ateve-se apenas ao texto da legislação ordinária, sem invocar a Constituição para justificar sua exegese. Não há controvérsia exposta nos autos sobre a real atividade da parte-agravante (falha no conhecimento de alguma propriedade dos fatos). O erro exposto pela parte-agravante se refere à falha na interpretação das expressões "*perícias, laudos, exames técnicos, análises técnicas e avaliação de bens*" (DL 406/1968, lista anexa, itens 25, 26 e 27), para equivocadamente compreender a atividade desempenhada por contabilistas (a tributação deveria atingir apenas a atividade

RE 495.370-AgR / PR

desenvolvida por outros profissionais, como engenheiros, na avaliação de bens).

Portanto, como o parâmetro de controle direto foi a legislação federal, e o recurso foi interposto antes da introdução da alínea d ao art. 102, III da Constituição (EC 45), a discussão se esgotava no plano infraconstitucional e não desafiava a interposição de recurso extraordinário.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 495.370

PROCED. : PARANÁ

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

AGTE.(S) : AUDICONTROL AUDITORIA E CONTROLE S/C LTDA

ADV.(A/S) : OCTAVIO CAMPOS FISCHER E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE CURITIBA

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

Decisão: Negado provimento ao agravo regimental. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. **2ª Turma**, 10.08.2010.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador