

15/02/2011

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO AGRADO DE INSTRUMENTO 688.410 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA  
AGTE.(S) : MUNICÍPIO DE BELO HORIZANTE  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZANTE  
AGDO.(A/S) : WORK TIME - ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA  
ADV.(A/S) : JOÃO ROSA

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS VALORES TRANSFERIDOS AOS TRABALHADORES. VINCULAÇÃO À PROVA DA AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO DO ÔNUS FISCAL. ISENÇÃO CONCEDIDA PELO PODER JUDICIÁRIO. AGRADO DE INSTRUMENTO QUE NÃO REÚNE CONDIÇÕES DE PROSEGUIR.

ARTS. 93, IX E 150, § 6º DA CONSTITUIÇÃO. ART. 166 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. SÚMULA 546/STF.

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL.

1. O acórdão recorrido prestou jurisdição, de modo fundamentado, ainda que com o resultado não tenha concordado a parte. Descabe confundir a pretensão frustrada com negativa de jurisdição (art. 93, IX da Constituição).

2. Há efetivo controle de constitucionalidade do art. 166 do Código Tributário Nacional neste caso, na medida em que a regra da não-cumulatividade foi expressamente invocada para justificar a inaplicabilidade da restrição ao tributo direto (isto é, aquele no qual não há obrigação legal de repasse da carga tributária no preço). Cabível era a interposição do recurso extraordinário por aparente violação da regra de reserva de Plenário (art. 97 da Constituição).

3. Esta Corte sempre foi muito cuidadosa ao apreciar os requisitos que definem a quem incumbe o dever de provar inexistir o repasse do ônus fiscal. Neste ponto, o TJ/MG foi muito parcimonioso ao reconhecer que "os tributos indevidamente pagos que não comportam repetição sem prova



**AI 688.410 AgR / MG**

*da ausência de transferência do encargo são aqueles que, por sua natureza jurídica (e não meramente econômica), desencadeiam a transferência do respectivo encargo financeiro, o que não ocorre com o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN)”*.

4. Não há violação do art. 150, § 6º da Constituição, na medida em que o Tribunal de origem não reconheceu a possibilidade de incidência ampla do tributo, para então limitá-la em usurpação da atividade legislativa. Leitura atenta do acórdão revela que o TJ/MG reconheceu que a base de cálculo do tributo não poderia ser originariamente tão ampla, dado que a expressão econômica da prestação de serviços é incompatível com a cobrança de valores que não são destinados à remuneração do contribuinte.

Agravo regimental ao qual se nega provimento.

### ACÓRDÃO

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, 15 de fevereiro de 2011.

**Ministro JOAQUIM BARBOSA**

Relator

*Documento assinado digitalmente*

15/02/2011

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 688.410 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA  
AGTE.(S) : MUNICÍPIO DE BELO HORIZANTE  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE BELO  
HORIZONTE  
AGDO.(A/S) : WORK TIME - ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA  
ADV.(A/S) : JOÃO ROSA

**RELATÓRIO**

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR): Trata-se de agravo regimental interposto da seguinte decisão:

“DECISÃO : Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição Federal) interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que confirmou a exclusão dos valores correspondentes à remuneração paga aos trabalhadores e os respectivos encargos sociais (INSS e FGTS) incidentes sobre essa remuneração da base de cálculo do Imposto sobre Serviços ISS. Segundo a fundamentação do acórdão recorrido, tais valores não podem ser considerados parte do preço do serviço, que é a base de cálculo do tributo (Decreto-Lei 406/1968 e LC 116/2003).

Alega-se, em síntese, ausência de fundamentação (art. 93, IX da Constituição), violação da separação de Poderes (concessão de isenção pelo Judiciário art. 150, § 6º da Constituição) e deficiência da comprovação de que a carga tributária não foi repassada (Súmula 546/STF).

O acórdão recorrido está fundamentado, ainda que com a conclusão não concorde a recorrente. Não se pode confundir fundamentação deficiente ou insuficiente com decisão contrária aos interesses de parte. Portanto, não há violação do art. 93, IX

**AI 688.410 AcR / MG**

da Constituição.

Quanto ao alegado desrespeito à Súmula 546/STF, observo que o acórdão recorrido apenas interpretou o art. 166 do CTN para reconhecer que ele se aplica somente aos tributos submetidos ao regime da não cumulatividade ( Por isso, a interpretação a ser dada ao art. 166, do CTN, deve ser aquela que melhor se compatibiliza com os princípios constitucionais tributários, dentre os quais merece especial destaque o princípio da não- cumulatividade - fls. 129). Se, para justificar a interpretação, o Tribunal de origem não teve outra opção senão invocar a Constituição, houve controle de constitucionalidade, ainda que sutil (cf. o RE 482.090, rel. min. Joaquim Barbosa, RTJ 209/1374).

Assim, cabível seria o recurso extraordinário com base no art. 102, III, b da Constituição, se a aparente violação da reserva de Plenário tivesse sido arguida, a tempo e modo. Como o recurso foi interposto apenas pela alínea a, e não se alegou violação do art. 97 da Constituição, o recurso extraordinário não merece seguimento quanto ao ponto.

Por fim, pertinente à violação do art. 150, § 6º da Constituição, o acórdão recorrido tão-somente interpretou a expressão preço do serviço, para reconhecer que valores que não fossem destinados à incorporação no patrimônio do contribuinte não poderiam ser incluídos na base de cálculo do ISS. Em decorrência, o Judiciário não criou nova hipótese de isenção, mas, quando muito, interpretou a legislação local à luz das normas gerais de direito tributário aplicáveis.

Ante o exposto, com base no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo de instrumento.

Publique-se." (Fls. 297-298).

Em síntese, sustenta-se:

a) Violação do art. 93, IX da Constituição, na medida em que era dever do TJ/MG pronunciar-se minudentemente sobre todos os argumentos favoráveis à pretensão do município-

**AI 688.410 AcR / MG**

agravante;

b) Inexistência de violação do art. 97 da Constituição e cabimento do recurso extraordinário na forma do art. 102, III, *a* da Constituição, pois o TJ/MG não declarou a inconstitucionalidade do art. 166 do CTN;

c) Total distanciamento entre a hipótese versada nestes autos e a matéria enfrentada nos precedentes assinalados;

d) Plena aplicabilidade da Súmula 546/STF para solucionar a questão posta;

e) Contrariedade ao art. 150, § 6º da Constituição, por ter o TM/MG usurpado a competência do Legislativo local para conceder isenção do ISSQN.

É o relatório.

15/02/2011

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 688.410 MINAS GERAIS

## VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR): Sem razão o município-agravante.

Conforme indicado, o acórdão recorrido prestou jurisdição, de modo fundamentado, ainda que com o resultado não tenha concordado a parte. Descabe confundir a pretensão frustrada com negativa de jurisdição (art. 93, IX da Constituição).

De qualquer modo, a interposição oportuna do recurso de embargos de declaração permite ao Supremo Tribunal Federal conhecer das alegadas violações constitucionais, de modo que não há qualquer prejuízo ao devido processo legal (Súmulas 282 e 356/STF).

Por outro lado, há efetivo controle de constitucionalidade do art. 166 do Código Tributário Nacional neste caso, na medida em que a regra da não-cumulatividade foi expressamente invocada para justificar a inaplicabilidade da restrição ao tributo direto (isto é, aquele no qual não há obrigação legal de repasse da carga tributária no preço). Como a literalidade do art. 166 do CTN sugere que a restrição se aplica indistintamente aos tributos diretos e indiretos, o TJ/MG definiu a norma com apoio na regra que veda a cumulatividade, para decotar a interpretação que o município-agravante defende como correta.

Ademais, embora a discussão acerca da aplicabilidade da Súmula 546/STF tenha sido absorvida pela declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 166 do CTN, é oportuno lembrar que toda a racionalidade que obsta a restituição é dependente da comprovação da transferência da carga tributária ao adquirente.

Nesse sentido, mesmo antes da adoção do CTN esta Corte já vinculava a restituição à prova da assunção da carga tributária (cf., e.g., a Súmula 71/STF).

Esta Corte sempre foi muito cuidadosa ao apreciar os requisitos que

## AI 688.410 AgR / MG

definem a quem incumbe o dever de provar inexistir o repasse do ônus fiscal. Assim, se o valor da operação é compulsoriamente fixado por terceiro (“tabelamento”), ou se se trata de compensação baseada na regra da não-cumulatividade (em contraposição à restituição de indébito), a presunção *juris tantum* é em favor do contribuinte (c.f. o AI 66.577-AgR, rel. min. Moreira Alves, Segunda Turma, DJ de 08.07.1976 e o RE 89.209, rel. min. Décio Miranda, Segunda Turma, DJ de 06.04.1979). Em sentido diverso, se há o dever legal de repasse do valor (“base de cálculo por dentro”, tributo não cumulativo etc), a presunção é em favor da autoridade fiscal, mas, ainda assim, admite prova em contrário (cf., e.g., o RE 45.977, rel. min. Aliomar Baleeiro, Segunda Turma, DJ de 22.02.1967 e o RE 77.353, rel. min. Thompson Flores, Segunda Turma, DJ de 28.06.1974).

Neste ponto, o TJ/MG foi muito parcimonioso ao reconhecer que “os tributos indevidamente pagos que não comportam repetição sem prova da ausência de transferência do encargo são aqueles que, por sua natureza jurídica (e não meramente econômica), desencadeiam a transferência do respectivo encargo financeiro, o que não ocorre com o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN)” (Fls. 124). Como não há dever legal de repasse obrigatório para o ISS, como ocorre com o ICMS (“base de cálculo por dentro”), o Tribunal de origem não destoou da orientação firmada por esta Corte.

Por fim, a invocação do art. 150, § 6º da Constituição é desprovida de qualquer sentido. A concessão de isenção pressupõe o prévio reconhecimento da possibilidade de tributar, dado que a exoneração equivale à redução legal do campo de incidência da regra-matriz tributária. Conforme exposto na decisão agravada, o TJ/MG não reconheceu a possibilidade de tributação, para depois conceder exoneração capaz de usurpar a competência do legislativo. Leitura atenta do acórdão revela que o TJ/MG reconheceu que a base de cálculo do tributo não poderia ser originariamente tão ampla, dado que a expressão econômica da prestação de serviços é incompatível com a cobrança de valores que não são destinados à remuneração do contribuinte.

**AI 688.410 AgR / MG**

**Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.  
É como voto.**



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 688.410

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

AGTE.(S) : MUNICÍPIO DE BELO HORIZANTE

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

AGDO.(A/S) : WORK TIME - ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA

ADV.(A/S) : JOÃO ROSA

**Decisão:** Negado provimento ao agravo regimental. Decisão unânime. **2ª Turma**, 15.02.2011.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede  
Coordenador