

06/10/2016

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 940.769 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S)	: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO DO RIO GRANDE DO SUL - OAB/RS
ADV.(A/S)	: RAFAEL NICHELE
RECDO.(A/S)	: MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JUNIOR E OUTRO(A/S)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRELIMINAR. RECONHECIMENTO. REAFIRMAÇÃO DE MÉRITO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. SOCIEDADE DE PROFISSIONAIS. ADVOGADOS. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DE MUNICÍPIO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO FIXA. NATUREZA DO SERVIÇO. REMUNERAÇÃO DO LABOR. DECRETO-LEI 405-1968. LEI COMPLEMENTAR 7/1973 DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. CONFLITO FEDERATIVO.

1. A questão constitucional controvertida ostenta repercussão geral no que se refere à competência tributária de município para estabelecer impeditivos à submissão de sociedades profissionais de advogados ao regime de tributação fixa ou per capita em bases anuais prevista no art. 9º, §§1º e 3º do Decreto-Lei 406/1968, por sua vez recepcionado pela ordem constitucional vigente com status de lei complementar nacional.

2. Preliminar de repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão,

RE 940769 RG / RS

vencido o Ministro Roberto Barroso. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Roberto Barroso. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. No mérito, não reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, que será submetida a posterior julgamento no Plenário físico.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

06/10/2016

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 940.769 RIO GRANDE DO SUL

MANIFESTAÇÃO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

A hipótese dos autos versa sobre mandado de segurança coletivo e preventivo impetrado por entidade de classe (OAB Seccional do Estado do Rio Grande do Sul) em face do Fisco do Município de Porto Alegre, com o fito de que este se abstivesse de tomar qualquer medida fiscal coercitiva contra as sociedades profissionais de advocacia atuantes na municipalidade.

Em suma, asseverou-se o seguinte na petição inicial:

Portanto, o art. 49, IV, §3º e §4º do Decreto Municipal nº 15.416/09, é ilegal porque afronta as normas gerais previstas pelo Decreto-Lei nº 406/68 e porque fere a distribuição de competência em matéria tributária dos entes federativos prevista de forma rígida na Carta Magna (art. 145 da CF/88).

Na sentença de lavra do juiz federal Leandro Paulsen, concedeu-se a ordem pleiteada, ao fundamento de que Quanto aos requisitos da lei federal que são válidos e foram reproduzidos na legislação municipal, a interpretação que o Município lhes dá é que desborda do alcance da norma, voltada à tributação e não à regulamentação do exercício profissional. (eDOC 1, 264)

Nesse sentido, o magistrado indigitado entendeu ser indiferente ao estabelecimento do regime tributário

RE 940769 RG / RS

aplicável às sociedades de advogados a colaboração eventual de outros profissionais ou empresas, dado o seu caráter instrumental, assim como a impossibilidade das sociedades em questão assumirem caráter empresarial, por expressa vedação legal.

Após, a 2ª Turma do Tribunal de origem deu provimento à apelação, por entender que a legislação municipal não desbordou da lei complementar nacional, porquanto aquela apenas evitaria o abuso de direito do contribuinte em raríssimas hipóteses.

Eis o teor da ementa do julgamento:

MANDADO DE SEGURANÇA. ISSQN. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. ART. 20, §4º, INC. II DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 07, DE 1973. ABUSO DE DIREITO. O art. 20, §4º, inc. II, da Lei Complementar Municipal nº 07, de 1973, que estabelece a tributação do ISSQN pelo preço dos serviços, na hipótese de sociedade de advogados, tem por escopo coibir excepcional hipótese de abuso de direito, caso em que não há falar em justo receio a legitimar a concessão de mandado de segurança preventivo impetrado pela OAB/RS, em defesa das sociedades de advogados nela registradas, em regular funcionamento.

Os embargos declaratórios foram rejeitados.

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, a e d, da Constituição da República, aponta-se violação aos arts. 146, III, a, e 156, III, do Texto Constitucional.

Nas razões recursais, sustenta-se o seguinte:

3.1.23 As exigências contidas na lei complementar municipal contrariam frontalmente o art. 9º, §3º do

RE 940769 RG / RS

Decreto-lei n. 406/68, o qual detém status de Lei Complementar e disciplina, em nível nacional, a base de cálculo do ISSQN. Além disso, interfere na competência dos órgãos de classe, a quem cabe regulamentar e fiscalizar o exercício da profissão.

3.1.24 Aqui, deve ainda ser salientado que não poderia um mero Decreto, que se caracteriza como norma complementar, investida na função de regular a Lei, devendo aos termos das mesmas se ater, disciplinar hipótese diversa ou impor exigências que não estão previstas no ordenamento jurídico que lhe deu origem, sob pena de afronta aos artigos 97, I, II e IV e 99 do CTN.

3.1.25 In casu, o art. 49, IV, §3º e §4º do Decreto Municipal n. 15.416/09, ao exigir requisitos não previstos no Decreto-lei n. 406/68, extrapolou mencionada Lei Complementar, afrontando o princípio da hierarquia das normas e em muito fugindo da atribuição designada aos atos normativos inferiores, qual seja, a função de veículo das instruções necessárias ao fiel cumprimento da lei.

3.1.26 Com efeito, conforme referido, o art. 156, III da Constituição Federal dispõe que compete aos Municípios instituir, entre outros impostos, aqueles incidentes sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, e definidos em lei complementar, pelo que a disciplina do ISSQN é conferida por Lei Complementar, na forma do art. 146, III, da Constituição Federal, a qual deve abranger, entre outros aspectos, aqueles relativos ao fato gerador, base de cálculo, contribuinte, obrigação e lançamento do imposto.

3.1.27 Como o art. 9º, §3º, do Decreto-lei n. 406/68, diploma legal considerado tanto pela doutrina quanto

RE 940769 RG / RS

pela jurisprudência, Lei Complementar, que dispõe sobre a base de cálculo do ISSQN, está em pleno vigor, deve ser declarada a ilegalidade da legislação municipal que versa de modo diverso.

3.1.28 A lei complementar municipal inovou, ampliando a prescrição legal aplicável, formulando exigência que acaba por impor condições diferentes às sociedades de advogados, baseadas em fator irrelevante para o desempenho dos serviços.

Ademais, articula-se a repercussão geral da questão constitucional suscitada, in verbis:

Isso porque a decisão de mérito a ser proferida no caso concreto não é apenas aplicável à recorrente, mas também repercutirá na tributação de milhares de escritórios de advocacia, pois a manutenção do acórdão recorrido implica em um verdadeiro alvará em branco para que os municípios possam criar empecilhos e requisitos à tributação prevista em Lei Complementar Nacional.

(...)

A questão constitucional objeto do presente recurso não se limita à órbita privada e às partes envolvidas na demanda, na medida em que a pretensão das recorrentes, consoante restará demonstrado em suas razões do pedido de reforma da decisão recorrida, visa também o reconhecimento da validade e eficácia de Lei Complementar Nacional que foi indevidamente afastada/mitigada por Lei local.

A Vice-Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região admitiu o recurso extraordinário, por reputar preenchidos todos os pressupostos de admissibilidade.

RE 940769 RG / RS

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela ausência de repercussão geral imediata da matéria, em parecer da lavra do e. Subprocurador-Geral da República Paulo Gustavo Gonet Branco.

Admitiu-se o ingresso do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no presente feito na condição de *amicus curiae*, nos termos do art. 138 do CPC.

É o relatório.

Com o advento da EC 45/2004, o Texto Constitucional passou a prever hipótese de cabimento de recurso extraordinário, quando estiver em cotejo a validade de lei local em face de lei federal, à luz do condomínio legislativo brasileiro e com potencialidade de instauração de conflito federativo.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados: AI-AgR 774.514, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 1º.10.2010; AI-AgR-segundo 769.919, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 27.09.2011; Rcl-AgR 20.986, de relatoria do Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 30.09.2015; RE-AgR 927.274, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 28.06.2016.

No particular, trata-se da hipótese dos autos, haja vista que o art. 146, III, a, da Constituição da República, assim dispõe:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

RE 940769 RG / RS

Assim, reputo preenchidos os pressupostos de admissibilidade do presente recurso extraordinário.

Submeto, portanto, a matéria aos meus pares, em sede de Plenário Virtual, a fim de que seja analisada a existência de repercussão geral.

De plano, verifica-se que a questão constitucional suscitada diz respeito à competência tributária de município para estabelecer impeditivos à submissão de sociedades profissionais de advogados ao regime de tributação fixa ou per capita em bases anuais prevista no art. 9º, §§1º e 3º do Decreto-Lei 406/1968, por sua vez recepcionado pela ordem constitucional vigente com status de lei complementar nacional.

Conforme ressaltado pelo amicus curiae, o Conselho Federal da OAB, a controvérsia posta em juízo apresenta repercussão geral, porquanto se noticia uma multiplicidade de diplomas normativos e litígios jurídicos no âmbito dos diversos entes federativos acerca desta questão.

Nesse sentido, o princípio da segurança jurídica densifica a repercussão geral do caso sob a ótica jurídica, ao passo que a imperatividade de estabilização das expectativas pelo Estado-Juiz preenche a preliminar de repercussão na perspectiva social. Na seara política, a repartição de competências e receitas tributárias no bojo do federalismo fiscal também se faz relevante.

A despeito do sustentado pelo parecer ministerial, constata-se que é inviável a aplicação analógica do precedente firmado no Tema 641 da sistemática da repercussão geral, cujo recurso-paradigma é o ARE-RG 699.362, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, porquanto naquele caso pretendia-se estender o alcance

RE 940769 RG / RS

de dispositivo do DL 406/68, à luz da atividade exercida pelos oficiais de registros públicos, cartorários e notariais. Por outro lado, a discussão neste feito cinge-se ao conflito federativo propiciado pela divergência de orientações normativas editadas pelos entes municipal e federal.

No mérito, verifica-se que o Código Tributário impugnado da parte Recorrida inovou em relação ao art. 9º, §§1º e 3º, do Decreto-Lei 406/1968, ao prever que a base de cálculo do ISSQN seria específica (fixa ou per capita) apenas nas hipóteses em que a execução da atividade-fim não ocorra com participação de pessoa jurídica ou de pessoa física inabilitada.

Isto porque os dispositivos supracitados do DL 406/1968 assim preconizam:

Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§1º. Quando de tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

(...)

§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

Ademais, a jurisprudência do STF se firmou no sentido da recepção do DL 406/1968 pela ordem constitucional

RE 940769 RG / RS

vigente, assim como pela prevalência do cálculo do imposto por meio de alíquotas fixas, com base na natureza do serviço, não compreendendo a importância paga a título de remuneração do próprio labor. Assim, tem-se entendido que lei municipal que se insere na competência de lei complementar de índole nacional, alterando-lhes dispositivos e legislando sobre matéria que só a esta compete, ostenta o vício de inconstitucionalidade.

A esse respeito, veja-se a ementa do caso líder dessa construção pretoriana, o RE 220.323, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 18.05.2001:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE PRESTADORA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS: BASE DE CÁLCULO. D.L. 406, de 1968, art. 9º, §§ 1º e 3º. C.F., art. 150, § 6º, redação da EC nº 3, de 1993. I. - As normas inscritas nos §§ 1º e 3º, do art. 9º, do DL 406, de 1968, não implicam redução da base de cálculo do ISS. Elas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no caput do art. 9º. Inocorrência de revogação pelo art. 150, § 6º, da C.F., com a redação da EC nº 3, de 1993. II. - Recepção, pela CF/88, sem alteração pela EC nº 3, de 1993 (CF, art. 150, § 6º), do art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL. 406/68. III. - R.E. não conhecido.

Ressalta-se que esse entendimento é iterativamente aplicado pelos órgãos fracionários desta Corte.

Vejam-se as ementas dos seguintes julgados, respectivamente: AI-AgR 252.003, de relatoria do Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 2.08.2002; AI-AgR 703.982, de relatoria do Ministro Dias Toffoli,

RE 940769 RG / RS

Primeira Turma, DJe 7.06.2013; e RE-AgR 795.415, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 13.06.2014:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECEPÇÃO, PELO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DO ART 9º, §§ 1º E 3º DO DECRETO-LEI Nº 406/68 - DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO IMPROVIDO. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal proclamou que os preceitos normativos estabelecidos pelo art. 9º, §§ 1º e 3º do Decreto-Lei nº 406/68 foram recebidos pela Constituição de 1988. - Reconhecimento, por sociedade civil prestadora de serviços profissionais, do direito de recolher o ISS na forma estabelecida pelas normas legais em questão.

Agravo regimental no agravo de instrumento. ISS. Recepção do Decreto-Lei nº 406/68, art. 9º, § 3º. Base de cálculo das sociedades prestadoras de serviços profissionais. Tributação diferenciada que não atenta contra a isonomia ou a capacidade contributiva. Incidência da Súmula nº 663 do STF. 1. As bases de cálculo previstas para as sociedades prestadoras de serviços profissionais foram recepcionadas pela nova ordem jurídico-constitucional, na medida em que se mostram adequadas a todo o arcabouço principiológico do sistema tributário nacional. 2. Ao contrário do que foi alegado, a tributação diferenciada se presta a concretizar a isonomia e a capacidade contributiva. As normas inscritas nos §§ 1º e 3º não implicam redução da base de cálculo. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

RE 940769 RG / RS

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA ISS. SOCIEDADE DE ADVOCACIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Nesse quadro, a partir da Emenda Regimental 42/2010, é possível proceder em consonância ao preconizado pelo art. 323-A do Regimento Interno do STF, in verbis:

Art. 323-A. O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico.

Assim, manifesto-me pela existência de repercussão geral das questões constitucionais debatidas na presente manifestação e pela reafirmação da jurisprudência do STF, nos termos dos arts. 323, 323-A e 324 do RISTF.

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário a que se dá provimento, para fins de restaurar o decidido na sentença e determinar que a Administração Tributária da parte Recorrida abstenha-se de exigir ISSQN de sociedades profissionais de advogados que atuem no território da Municipalidade fora das hipóteses do art. 9º, §§1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68.

Declaro, ainda, de modo incidental e com os efeitos da sistemática da repercussão geral, a inconstitucionalidade dos arts. 20, §4º, II, da Lei Complementar 7/73, e 49, IV, §§3º e 4º, do Decreto 15.416/2006, ambos editados pelo Município de Porto

RE 940769 RG / RS

Alegre.

Caso a presente posição seja vencedora no colegiado, propõe-se a fixação da seguinte tese jurídica ao Tema da sistemática repercussão geral: É inconstitucional lei municipal que estabelece impeditivos à submissão de sociedades profissionais de advogados ao regime de tributação fixa ou per capita em bases anuais na forma estabelecida por lei complementar nacional.

Custas ex lege.

Fica a parte vencida exonerada do pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula 512 do STF.

Publique-se.

Brasília, 16 de setembro de 2016.

Ministro Edson Fachin

Relator

Documento assinado digitalmente

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 940.769 RIO
GRANDE DO SUL**

PRONUNCIAMENTO

**COMPETÊNCIA NORMATIVA –
MUNICÍPIO – ISSQN – SOCIEDADE DE
ADVOGADOS – SERVIÇOS – BASE DE
INCIDÊNCIA.**

**ISSQN – SOCIEDADE DE ADVOGADOS
– BASE DE INCIDÊNCIA – SERVIÇOS –
ADMISSIBILIDADE NA ORIGEM –
RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
REPERCUSSÃO GERAL
CONFIGURADA.**

**PLENÁRIO VIRTUAL – ALCANCE –
RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
JULGAMENTO – INADEQUAÇÃO.**

**PLENÁRIO VIRTUAL – ATO
NORMATIVO –
INCONSTITUCIONALIDADE –
DECLARAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE.**

1. A assessora Dra. Juliana Gonçalves de Souza Guimarães prestou as seguintes informações:

RE 940769 RG / RS

Eis a síntese do discutido no recurso extraordinário nº 940.769/RS, relator o ministro Edson Fachin, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 16 de setembro de 2016, com termo final para manifestação em 6 de outubro de 2016.

A Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Rio Grande do Sul impetrou mandado de segurança preventivo em face do Gestor da Célula de Gestão Tributária da Secretaria da Fazenda do Município de Porto Alegre, visando impedir a cobrança do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN com base nos artigos 20, § 4º, inciso II, da Lei Complementar municipal nº 7/1973 e 49, inciso IV, do Decreto municipal nº 15.416/2006. O Juízo deferiu a ordem pleiteada. Consignou desrespeitar os limites da competência legislativa municipal a definição de novos requisitos, além dos já versados no Decreto-Lei nº 406/1968, a permitir o regime da tributação fixa.

A Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao prover a apelação interposta pelo Município de Porto Alegre, asseverou inexistir contradição entre a legislação municipal e o Decreto-Lei nº 406/1968, afirmando que a previsão de novos requisitos para a incidência da referida sistemática objetiva coibir eventual abuso de direito do contribuinte, matéria que, segundo destacou, não desborda da competência legislativa municipal. Ressaltou serem de rara ocorrência prática as situações de tributação pelo preço do serviço.

Os embargos de declaração formalizados foram desprovidos.

No extraordinário, protocolado com alegado alicerce nas alíneas “a” e “d” do permissivo constitucional, a recorrente argui transgressão aos artigos 146, inciso III, alínea “a”, e 156, inciso III, do Diploma Maior. Sustenta a inconstitucionalidade

RE 940769 RG / RS

dos artigos 20, § 4º, inciso II, da Lei Complementar municipal nº 7/1973 e 49, inciso IV, do Decreto municipal nº 15.416/2006, dizendo que consubstanciam inovação à disciplina estabelecida pelo Decreto-Lei nº 406/1968, ato normativo recepcionado como lei complementar pela Carta de 1988, no tocante ao regime de tributação relativo ao ISSQN cobrado das sociedades de advogados.

Consoante narra, o Decreto-Lei nº 406/1968 não versa condição alusiva à ausência da participação de pessoa jurídica ou natural inabilitada no exercício da atividade-fim da sociedade nem dispõe quanto à exigência de a sociedade não possuir caráter empresarial ou comercial. Alega que a regulamentação municipal implicou o esvaziamento das atribuições fiscalizatórias da Ordem dos Advogados do Brasil, frisando competir-lhe a verificação dos requisitos necessários ao registro de sociedades de advogados, entre os quais, nos termos do artigo 16 da Lei nº 8.906/1994, o fato de a sociedade não ter natureza mercantil.

Sob o ângulo da repercussão geral, assinala que a controvérsia veiculada no recurso ultrapassa os limites subjetivos da lide, mostrando-se relevante do ponto de vista social e econômico. Articula com a presença do efeito multiplicador e sublinha voltar-se o recurso a impugnar decisão contrária à jurisprudência do Tribunal, consagrada no verbete nº 663 da Súmula do Supremo, caso em que a transcendência e a pertinência do tema são presumidas por lei.

O recorrido, nas contrarrazões, frisa a impossibilidade de conhecimento do recurso ante a necessidade de reexame de matéria fática para analisar-se a forma de exercício da profissão do advogado. Ressalta não estar em debate, no processo, questão referente à recepção, pela Constituição de 1988, dos parágrafos 1º e 3º do artigo 9º do Decreto-Lei nº 406/1968. Assinala a ausência da alegada ofensa à competência municipal,

RE 940769 RG / RS

sublinhando que os requisitos definidos nos diplomas impugnados estão implicitamente contidos no Decreto-Lei nº 406/1968.

O extraordinário foi admitido na origem.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pelo desprovemento do recurso, argumentando que a discussão possui natureza infraconstitucional, afastando, assim, o requisito de repercussão geral. Afirma não haver o Colegiado de origem inobservado o verbete nº 663 da Súmula do Supremo. Enfatiza que os diplomas municipais apenas explicitaram o conceito de sociedades profissionais para os fins tributários, reiterando o disposto na lei complementar federal.

Em 12 de agosto de 2016, o Relator acolheu o pedido de ingresso, como terceiro, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB.

Eis o pronunciamento do ministro Edson Fachin, no sentido da existência de repercussão geral e da reafirmação de jurisprudência:

MANIFESTAÇÃO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

A hipótese dos autos versa sobre mandado de segurança coletivo e preventivo impetrado por entidade de classe (OAB Seccional do Estado do Rio Grande do Sul) em face do Fisco do Município de Porto Alegre, com o fito de que este se abstivesse de tomar qualquer medida fiscal coercitiva contra as sociedades profissionais de advocacia atuantes na municipalidade.

RE 940769 RG / RS

Em suma, asseverou-se o seguinte na petição inicial:

Portanto, o art. 49, IV, §3º e §4º do Decreto Municipal nº 15.416/09, é ilegal porque afronta as normas gerais previstas pelo Decreto-Lei nº 406/68 e porque fere a distribuição de competência em matéria tributária dos entes federativos prevista de forma rígida na Carta Magna (art. 145 da CF/88).

Na sentença de lavra do juiz federal Leandro Paulsen, concedeu-se a ordem pleiteada, ao fundamento de que Quanto aos requisitos da lei federal que são válidos e foram reproduzidos na legislação municipal, a interpretação que o Município lhes dá é que desborda do alcance da norma, voltada à tributação e não à regulamentação do exercício profissional. (eDOC 1, 264)

Nesse sentido, o magistrado indigitado entendeu ser indiferente ao estabelecimento do regime tributário aplicável às sociedades de advogados a colaboração eventual de outros profissionais ou empresas, dado o seu caráter instrumental, assim como a impossibilidade das sociedades em questão assumirem caráter empresarial, por expressa vedação legal.

Após, a 2ª Turma do Tribunal de origem deu provimento à apelação, por entender que a legislação municipal não desbordou da lei complementar nacional, porquanto aquela apenas evitaria o abuso de direito do contribuinte em raríssimas hipóteses.

Eis o teor da ementa do julgamento:

MANDADO DE SEGURANÇA. ISSQN. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. ART. 20, §4º, INC. II DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 07, DE 1973. ABUSO DE DIREITO. O art. 20, §4º, inc. II, da Lei Complementar Municipal nº 07, de 1973, que estabelece a tributação do ISSQN pelo preço dos serviços, na hipótese

RE 940769 RG / RS

de sociedade de advogados, tem por escopo coibir excepcional hipótese de abuso de direito, caso em que não há falar em justo receio a legitimar a concessão de mandado de segurança preventivo impetrado pela OAB/RS, em defesa das sociedades de advogados nela registradas, em regular funcionamento.

Os embargos declaratórios foram rejeitados.

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, a e d, da Constituição da República, aponta-se violação aos arts. 146, III, a, e 156, III, do Texto Constitucional.

Nas razões recursais, sustenta-se o seguinte:

3.1.23 As exigências contidas na lei complementar municipal contrariam frontalmente o art. 9º, §3º do Decreto-lei n. 406/68, o qual detém status de Lei Complementar e disciplina, em nível nacional, a base de cálculo do ISSQN. Além disso, interfere na competência dos órgãos de classe, a quem cabe regulamentar e fiscalizar o exercício da profissão.

3.1.24 Aqui, deve ainda ser salientado que não poderia um mero Decreto, que se caracteriza como norma complementar, investida na função de regular a Lei, devendo aos termos das mesmas se ater, disciplinar hipótese diversa ou impor exigências que não estão previstas no ordenamento jurídico que lhe deu origem, sob pena de afronta aos artigos 97, I, II e IV e 99 do CTN.

3.1.25 In casu, o art. 49, IV, §3º e §4º do Decreto Municipal n. 15.416/09, ao exigir requisitos não previstos no Decreto-lei n. 406/68, extrapolou mencionada Lei Complementar, afrontando o princípio da hierarquia das normas e em muito fugindo da atribuição designada aos atos normativos inferiores, qual seja, a função de veículo das instruções necessárias ao fiel cumprimento da lei.

3.1.26 Com efeito, conforme referido, o art. 156, III da

RE 940769 RG / RS

Constituição Federal dispõe que compete aos Municípios instituir, entre outros impostos, aqueles incidentes sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, e definidos em lei complementar, pelo que a disciplina do ISSQN é conferida por Lei Complementar, na forma do art. 146, III, da Constituição Federal, a qual deve abranger, entre outros aspectos, aqueles relativos ao fato gerador, base de cálculo, contribuinte, obrigação e lançamento do imposto.

3.1.27 Como o art. 9º, §3º, do Decreto-lei n. 406/68, diploma legal considerado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, Lei Complementar, que dispõe sobre a base de cálculo do ISSQN, está em pleno vigor, deve ser declarada a ilegalidade da legislação municipal que versa de modo diverso.

3.1.28 A lei complementar municipal inovou, ampliando a prescrição legal aplicável, formulando exigência que acaba por impor condições diferentes às sociedades de advogados, baseadas em fator irrelevante para o desempenho dos serviços.

Ademais, articula-se a repercussão geral da questão constitucional suscitada, in verbis:

Isso porque a decisão de mérito a ser proferida no caso concreto não é apenas aplicável à recorrente, mas também repercutirá na tributação de milhares de escritórios de advocacia, pois a manutenção do acórdão recorrido implica em um verdadeiro alvará em branco para que os municípios possam criar empecilhos e requisitos à tributação prevista em Lei Complementar Nacional.

(...)

A questão constitucional objeto do presente recurso não se limita à órbita privada e às partes envolvidas na demanda, na medida em que a pretensão das recorrentes,

RE 940769 RG / RS

consoante restará demonstrado em suas razões do pedido de reforma da decisão recorrida, visa também o reconhecimento da validade e eficácia de Lei Complementar Nacional que foi indevidamente afastada/mitigada por Lei local.

A Vice-Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região admitiu o recurso extraordinário, por reputar preenchidos todos os pressupostos de admissibilidade.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela ausência de repercussão geral imediata da matéria, em parecer da lavra do e. Subprocurador-Geral da República Paulo Gustavo Gonet Branco.

Admitiu-se o ingresso do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no presente feito na condição de amicus curiae, nos termos do art. 138 do CPC.

É o relatório.

Com o advento da EC 45/2004, o Texto Constitucional passou a prever hipótese de cabimento de recurso extraordinário, quando estiver em cotejo a validade de lei local em face de lei federal, à luz do condomínio legislativo brasileiro e com potencialidade de instauração de conflito federativo.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados: AI-AgR 774.514, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 1º.10.2010; AI-AgR-segundo 769.919, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 27.09.2011; Rcl-AgR 20.986, de relatoria do Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 30.09.2015; RE-AgR 927.274, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 28.06.2016.

No particular, trata-se da hipótese dos autos, haja vista que o art. 146, III, a, da Constituição da República, assim dispõe:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

RE 940769 RG / RS

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

Assim, reputo preenchidos os pressupostos de admissibilidade do presente recurso extraordinário.

Submeto, portanto, a matéria aos meus pares, em sede de Plenário Virtual, a fim de que seja analisada a existência de repercussão geral.

De plano, verifica-se que a questão constitucional suscitada diz respeito à competência tributária de município para estabelecer impeditivos à submissão de sociedades profissionais de advogados ao regime de tributação fixa ou per capita em bases anuais prevista no art. 9º, §§1º e 3º do Decreto-Lei 406/1968, por sua vez recepcionado pela ordem constitucional vigente com status de lei complementar nacional.

Conforme ressaltado pelo amicus curiae, o Conselho Federal da OAB, a controvérsia posta em juízo apresenta repercussão geral, porquanto se noticia uma multiplicidade de diplomas normativos e litígios jurídicos no âmbito dos diversos entes federativos acerca desta questão.

Nesse sentido, o princípio da segurança jurídica densifica a repercussão geral do caso sob a ótica jurídica, ao passo que a imperatividade de estabilização das expectativas pelo Estado-Juiz preenche a preliminar de repercussão na perspectiva social. Na seara política, a repartição de competências e receitas tributárias no bojo do federalismo fiscal também se faz relevante.

A despeito do sustentado pelo parecer ministerial, constata-se que é inviável a aplicação analógica do

RE 940769 RG / RS

precedente firmado no Tema 641 da sistemática da repercussão geral, cujo recurso-paradigma é o ARE-RG 699.362, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, porquanto naquele caso pretendia-se estender o alcance de dispositivo do DL 406/68, à luz da atividade exercida pelos oficiais de registros públicos, cartorários e notariais. Por outro lado, a discussão neste feito cinge-se ao conflito federativo propiciado pela divergência de orientações normativas editadas pelos entes municipal e federal.

No mérito, verifica-se que o Código Tributário impugnado da parte Recorrida inovou em relação ao art. 9º, §§1º e 3º, do Decreto-Lei 406/1968, ao prever que a base de cálculo do ISSQN seria específica (fixa ou per capita) apenas nas hipóteses em que a execução da atividade-fim não ocorra com participação de pessoa jurídica ou de pessoa física inabilitada.

Isto porque os dispositivos supracitados do DL 406/1968 assim preconizam:

Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§1º. Quando de tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

(...)

§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

Ademais, a jurisprudência do STF se firmou no

RE 940769 RG / RS

sentido da recepção do DL 406/1968 pela ordem constitucional vigente, assim como pela prevalência do cálculo do imposto por meio de alíquotas fixas, com base na natureza do serviço, não compreendendo a importância paga a título de remuneração do próprio labor. Assim, tem-se entendido que lei municipal que se insere na competência de lei complementar de índole nacional, alterando-lhes dispositivos e legislando sobre matéria que só a esta compete, ostenta o vício de inconstitucionalidade.

A esse respeito, veja-se a ementa do caso líder dessa construção pretoriana, o RE 220.323, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 18.05.2001:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE PRESTADORA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS: BASE DE CÁLCULO. D.L. 406, de 1968, art. 9º, §§ 1º e 3º. C.F., art. 150, § 6º, redação da EC nº 3, de 1993. I. - As normas inscritas nos §§ 1º e 3º, do art. 9º, do DL 406, de 1968, não implicam redução da base de cálculo do ISS. Elas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no caput do art. 9º. Inocorrência de revogação pelo art. 150, § 6º, da C.F., com a redação da EC nº 3, de 1993. II. - Recepção, pela CF/88, sem alteração pela EC nº 3, de 1993 (CF, art. 150, § 6º), do art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL. 406/68. III. - R.E. não conhecido.

Ressalta-se que esse entendimento é iterativamente aplicado pelos órgãos fracionários desta Corte.

Vejam-se as ementas dos seguintes julgados, respectivamente: AI-AgR 252.003, de relatoria do Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 2.08.2002; AI-AgR 703.982, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 7.06.2013; e RE-AgR 795.415, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 13.06.2014:

RE 940769 RG / RS

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECEPÇÃO, PELO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DO ART 9º, §§ 1º E 3º DO DECRETO-LEI Nº 406/68 - DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO IMPROVIDO. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal proclamou que os preceitos normativos estabelecidos pelo art. 9º, §§ 1º e 3º do Decreto-Lei nº 406/68 foram recebidos pela Constituição de 1988. - Reconhecimento, por sociedade civil prestadora de serviços profissionais, do direito de recolher o ISS na forma estabelecida pelas normas legais em questão.

Agravo regimental no agravo de instrumento. ISS. Recepção do Decreto-Lei nº 406/68, art. 9º, § 3º. Base de cálculo das sociedades prestadoras de serviços profissionais. Tributação diferenciada que não atenta contra a isonomia ou a capacidade contributiva. Incidência da Súmula nº 663 do STF. 1. As bases de cálculo previstas para as sociedades prestadoras de serviços profissionais foram recepcionadas pela nova ordem jurídico-constitucional, na medida em que se mostram adequadas a todo o arcabouço principiológico do sistema tributário nacional. 2. Ao contrário do que foi alegado, a tributação diferenciada se presta a concretizar a isonomia e a capacidade contributiva. As normas inscritas nos §§ 1º e 3º não implicam redução da base de cálculo. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA ISS. SOCIEDADE DE ADVOCACIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL

RE 940769 RG / RS

FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Nesse quadro, a partir da Emenda Regimental 42/2010, é possível proceder em consonância ao preconizado pelo art. 323-A do Regimento Interno do STF, in verbis:

Art. 323-A. O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico.

Assim, manifesto-me pela existência de repercussão geral das questões constitucionais debatidas na presente manifestação e pela reafirmação da jurisprudência do STF, nos termos dos arts. 323, 323-A e 324 do RISTF.

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário a que se dá provimento, para fins de restaurar o decidido na sentença e determinar que a Administração Tributária da parte Recorrida abstenha-se de exigir ISSQN de sociedades profissionais de advogados que atuem no território da Municipalidade fora das hipóteses do art. 9º, §§1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68.

Declaro, ainda, de modo incidental e com os efeitos da sistemática da repercussão geral, a inconstitucionalidade dos arts. 20, §4º, II, da Lei Complementar 7/73, e 49, IV, §§3º e 4º, do Decreto 15.416/2006, ambos editados pelo Município de Porto Alegre.

Caso a presente posição seja vencedora no colegiado, propõe-se a fixação da seguinte tese jurídica ao Tema da sistemática repercussão geral: É inconstitucional lei municipal que estabelece impeditivos à submissão de sociedades profissionais de advogados ao regime de

RE 940769 RG / RS

tributação fixa ou per capita em bases anuais na forma estabelecida por lei complementar nacional.

Custas ex lege.

Fica a parte vencida exonerada do pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula 512 do STF.

Publique-se.

Brasília, 16 de setembro de 2016.

Ministro Edson Fachin

Relator

Documento assinado digitalmente

2. O tema de fundo – disciplina, por lei municipal, da incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, especificamente quanto a escritório de advocacia e serviços prestados – tem repercussão geral, incumbindo ao Supremo definir o campo de atuação municipal.

Surgem inadequados, no Plenário Virtual, o exame do recurso extraordinário e o reconhecimento de inconstitucionalidade de ato normativo. Em homenagem à segurança jurídica, há de ser observada a organicidade e a dinâmica do Direito. Descabe potencializar, visando os resultados preconizados na manifestação do Relator, o Plenário Virtual. Pela primeira vez, defronto-me com situação jurídica em que é proposta, considerado este último, a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo. Tempos estranhos!

3. Pronuncio-me no sentido de encontrar-se configurada a repercussão geral, não emitindo entendimento relativamente ao julgamento de fundo do recurso extraordinário nem, muito menos, no tocante à harmonia ou não da Lei municipal em jogo com a Constituição Federal.

RE 940769 RG / RS

4. Publiquem.

Brasília – residência –, 30 de setembro de 2016, às 10h20.

Ministro MARCO AURÉLIO