

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 910.055 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
RECTE.(S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : FOTOIMPRESS POSTAIS E ARTSGRÁFICAS LTDA
ADV.(A/S) : DOROTI FÁTIMA DA CRUZ

DECISÃO: O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo foi **interposto** contra acórdão que, **proferido** pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **está assim ementado (fls. 454):**

“Tributário. ICMS. ISS. Embargos à Execução.

*1. Produção de material publicitário elaborado por encomenda
Materiais personalizados A atividade da empresa é típica prestação de serviços, uma vez que os produtos têm destinação específica, por encomenda de terceiros – Não incidência do ICMS Empresa sujeita ao ISS - Recurso provido.”*

A parte agravante, **ao deduzir** o apelo extremo em questão, **sustentou** que o Tribunal “a quo” **teria transgredido** preceitos **inscritos** na Constituição da República.

O exame da presente causa **evidencia** que o recurso extraordinário **se revela** viável.

Com efeito, **o Plenário** desta Suprema Corte, **ao julgar a ADI 4.389-MC/DF**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, **fixou** entendimento **que torna acolhível** a pretensão recursal deduzida pela parte ora recorrente:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONFLITO ENTRE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA E IMPOSTO SOBRE OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL.

PRODUÇÃO DE EMBALAGENS SOB ENCOMENDA PARA POSTERIOR INDUSTRIALIZAÇÃO (SERVIÇOS GRÁFICOS).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADA PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME AO O ART. 1º, 'CAPUT' E § 2º, DA LEI COMPLEMENTAR 116/2003 E O SUBITEM 13.05 DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA. FIXAÇÃO DA INCIDÊNCIA DO ICMS E NÃO DO ISS.

MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

Até o julgamento final e com eficácia apenas para o futuro ('ex nunc'), concede-se medida cautelar para interpretar o art. 1º, 'caput' e § 2º, da Lei Complementar 116/2003 e o subitem 13.05 da lista de serviços anexa, para reconhecer que o ISS não incide sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens, destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria. Presentes os requisitos constitucionais e legais, incidirá o ICMS."

Cabe ressaltar, por necessário, que esse entendimento vem sendo observado em **sucedivos** julgamentos – **monocráticos e colegiados** – proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **a propósito** de questão essencialmente **idêntica** à que ora se examina **nesta** sede recursal (**AI 782.152-AgR/SP**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – **ARE 777.889/DF**, Rel. Min. LUIZ FUX – **ARE 814.998/SP**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.):

"Agravos regimentais no recurso extraordinário. Serviço de composição gráfica com fornecimento de mercadoria. Conflito de incidências entre o ICMS e o ISSQN. Serviços de composição gráfica e customização de embalagens meramente acessórias à mercadoria. Obrigação de dar manifestamente preponderante sobre a obrigação de fazer, o que leva à conclusão de que o ICMS deve incidir na espécie.

1. Em precedente da Corte consubstanciado na ADI nº 4.389/DF-MC, restou definida a incidência de ICMS 'sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens, destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria'.

2. A verificação da incidência nas hipóteses de industrialização por encomenda deve obedecer dois critérios básicos: (i) verificar se a venda opera-se a quem promoverá nova circulação do bem e (ii) caso o adquirente seja consumidor final, avaliar a preponderância entre o dar e o fazer mediante a averiguação de elementos de industrialização.

4. À luz dos critérios propostos, só haverá incidência do ISS nas situações em que a resposta ao primeiro item for negativa e se no segundo item o fazer preponderar sobre o dar.

5. A hipótese dos autos não revela a preponderância da obrigação de fazer em detrimento da obrigação de dar. Pelo contrário. A fabricação de embalagens é a atividade econômica específica explorada pela agravante. Prepondera o fornecimento dos bens em face da composição gráfica, que afigura-se meramente acessória. Não há como conceber a prevalência da customização sobre a entrega do próprio bem.

6. Agravo regimental não provido."

(RE 803.296-AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI)

O exame da presente causa evidencia, como já enfatizado, que o acórdão **impugnado** em sede recursal extraordinária **diverge** da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em questão.

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, conheço do presente agravo, para dar provimento ao recurso extraordinário a que ele se refere (CPC, art. 544, § 4º, II, "c", na redação dada pela Lei nº 12.322/2010), em ordem a restabelecer a sentença **proferida** pelo ilustre magistrado **de primeira instância**.

Publique-se.

Brasília, 08 de outubro de 2015.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator