



LFC
Nº 70077254712 (Nº CNJ: 0090683-49.2018.8.21.7000)
2018/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. ISS. ATIVIDADE GRÁFICA. BENEFICIAMENTO POR MEIO DE SERIGRAFIA. COMPOSIÇÃO GRÁFICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CONSTITUÍDO NO SUBITEM 14.05 DA LISTA DE SERVIÇOS. ICMS. NÃO ENQUADRAMENTO DO CONCEITO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

1. Trata-se de matéria de direito, restritamente ao enquadramento da atividade prestada pelo embargante, se incidente ICMS ou ISS, a qual independe de prova pericial para sua definição.

Rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa, a qual se caracteriza quando a prova para qual foi negada a produção é relevante e imprescindível ao deslinde do feito, situação inocorrente na espécie.

2. Os serviços de composição gráfica personalizada e sob encomenda são compreendidos como operação mista, na qual incide o ISS, já que prevista a atividade na relação anexa à Lei Complementar nº 116/2003. Precedente do STJ, Recurso Especial nº 1092206/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC.

Não há como afirmar que a operação realizada pelo embargante fosse de industrialização, no conceito legal, na medida em que não se está tributando a operação onde o prestador realiza uma industrialização encomendada por um cliente, onde o prestador é responsável pela aquisição de todas as matérias-primas utilizadas no processo. Ao contrário, o município está tributando as prestações de serviços realizadas sob encomenda do tomador, onde este encaminhou o produto para ser beneficiado e depois retornar ao tomador, após a conclusão dos serviços que o embargante realizou.

3. Atividade desenvolvida pela parte autora que se sujeita à incidência de ISS, não havendo espaço à tributação estadual.

APELO DESPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Nº 70077254712 (Nº CNJ: 0090683-49.2018.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

JEFERSON C PADILHA SOARES - ME

APELANTE



LFC
Nº 70077254712 (Nº CNJ: 0090683-49.2018.8.21.7000)
2018/CÍVEL

MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores **DES.ª LAURA LOUZADA JACCOTTET E DES. RICARDO TORRES HERMANN.**

Porto Alegre, 28 de maio de 2018.

DES.ª LÚCIA DE FÁTIMA CERVEIRA,
Relatora.

RELATÓRIO

DES.ª LÚCIA DE FÁTIMA CERVEIRA (RELATORA)

JEFERSON CLAITON PADILHA SOARES – ME apela da sentença que, nos autos dos Embargos do Devedor que opõe à Execução Fiscal que lhe move MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, assim dispôs:

JULGO, portanto, **IMPROCEDENTES** os embargos opostos por JEFERSON C PADILHA SOARES - ME em face do MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, autorizando o prosseguimento do executivo de nº 001/1.17.0027379-6.

Custas e honorários pela parte embargante, ficando estes agora majorados, nos autos do executivo, para 15% do valor do débito, dado o trabalho acrescido pela defesa nos embargos, suspensa a exigibilidade, ante a concessão de AJG à parte.



LFC
Nº 70077254712 (Nº CNJ: 0090683-49.2018.8.21.7000)
2018/CÍVEL

Em razões de recurso, alega o embargante, em síntese, preliminar de cerceamento de defesa, em virtude do indeferimento do pedido de produção de prova pericial e testemunhal, referindo se tratar de matéria de mérito, e assim, não sujeita a verificação, impedindo o embargante de produzir prova a respeito de suas alegações. No mérito, refere que é empresário individual que industrializa tanto para outras empresas como para o consumidor final, cuja atividade consiste na impressão de marcas e informações mediante pintura, em um molde vazado, em peças e máquinas de outras indústrias. Realiza, pois, uma das etapas do processo industrial, aperfeiçoando e alterando a aparência do produto mediante a inserção de marca e demais informações no produto, utilizando-se de máquinas de impressão, as quais não exigem mão de obra especializada. Refere que não se trata de industrialização por encomenda para uso próprio da empresa, mas para posterior comercialização, de modo que a atividade de beneficiamento, por meio de serigrafia, se enquadra no conceito de industrialização, nos termos do art. 46 do CTN. Diz que o seu trabalho sofre a incidência do ICMS e IPI, nos termos do art. 2º, I, da LC 87/96, e art. 2º, II, da Lei 4.502/64. Assim, descabida a incidência de ISS. Pede provimento ao efeito de ser desconstituído o lançamento tributário.

Com as contrarrazões, vêm os autos conclusos para julgamento.

Observado o disposto no art. 931 e 934 do CPC.

É o relatório.

VOTOS

DES.ª LÚCIA DE FÁTIMA CERVEIRA (RELATORA)

Adianto que estou desprovendo o recurso.

Trata-se de execução fiscal lastreada na CDA 06227/2011, proveniente do auto de infração e lançamento nº 00037/2010, referente à falta de recolhimento do ISSQN pela prestação de serviço constituído no subitem 14.05 da lista de serviços, referente ao período de maio de 2005 a junho de 2007.

Discussão travada nos autos se refere à natureza jurídica da atividade prestada pela empresa embargante, a qual defende ser empresário individual que



LFC
Nº 70077254712 (Nº CNJ: 0090683-49.2018.8.21.7000)
2018/CÍVEL

“industrializa para comercialização de terceiros, pois exerce operação que modifica o funcionamento, acabamento, a apresentação do produto e o aperfeiçoa para o consumo, e que sua atividade de pintura eletrostática em peças metálicas altera o acabamento, a apresentação e aperfeiçoa a peça que será vendida, nos termos de industrialização dado pela lei”, ao passo que o município afirma que a empresa embargante “presta serviço de beneficiamento, por meio de serigrafia.”

A sentença acolheu a tese defendida pela Municipalidade, o que ensejou o presente recurso pela embargante, a qual alega, em preliminar, cerceamento de defesa, pois impedida de produzir prova pericial e oral.

Da leitura dos autos constata-se que foram as partes intimadas a dizer acerca das provas a produzir e para se manifestarem acerca da pertinência da sua produção, sendo requerido pelo embargante a prova pericial e oral, para ‘definir a espécie de atividade realizada pelo embargante’, o que ensejou a decisão de fl. 211, nos seguintes termos:

Vistos

A natureza da atividade que gerou o lançamento não é motivo de controvérsia entre as partes, mas sim o seu enquadramento na hipótese de incidência do tributo. Trata-se, portanto, - o enquadramento - de matéria de mérito e, assim, não sujeita a verificação pericial ou prova testemunhal, daí porque é impertinente a prova requerida.

Indefiro, então, o pedido de fl. 208v, declarando encerrada a instrução.

1. Cerceamento de defesa

Segundo alega o embargante, o cerceamento de defesa estaria consubstanciado no fato de não lhe ter sido oportunizado manifestar-se a respeito de fato modificativo do seu direito, argüido em sede de impugnação.

Tenho que não merecem guarida os argumentos do apelante, pois após a impugnação aos embargos do devedor, houve manifestação do embargante, que reeditou os argumentos iniciais, não havendo falar em cerceamento de defesa por falta de manifestação acerca de fato modificativo alegado pela municipalidade.



LFC
Nº 70077254712 (Nº CNJ: 0090683-49.2018.8.21.7000)
2018/CÍVEL

Conforme já referido, defende o embargante a não incidência do ISS, sob o argumento de 'ser empresário individual que industrializa tanto para outras empresas como para consumidor final, cuja atividade consiste na impressão de marcas e informações mediante pintura, em um molde vazio, em peças e máquinas de outras indústrias. **Realiza, pois, uma das etapas do processo industrial**, aperfeiçoando e alterando a aparência do produto mediante a inserção de marca e demais informações do produto, utilizando-se de máquinas de impressão, as quais não exigem mão de obra especializada.'

'Não se trata, portanto, de industrialização por encomenda para uso próprio da empresa, mas para posterior comercialização, de modo que a atividade de beneficiamento, por meio de serigrafia, se enquadra no conceito de industrialização previsto no parágrafo único do art. 46 do CTN'.

Por seu turno, em sede de impugnação, o Município defende o enquadramento da atividade desenvolvida pelo embargante nos termos da LC 116/2003, do subitem 14.05 da Lista de Serviços, que assim determina:

14.05 – Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, de objetos quaisquer.

Portanto, a controvérsia dos autos se refere ao enquadramento da atividade desenvolvida pelo embargante, se atividade de beneficiamento por meio de serigrafia, industrialização por encomenda de uso da empresa contratante ou se faz parte de uma das etapas de industrialização.

Como se constata, trata-se de matéria de direito, restrita ao enquadramento da atividade prestada pelo embargante, se incidente ICMS ou ISS, a qual independe de prova pericial para sua definição.

Assim, rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa, a qual se caracteriza quando a prova a qual foi negada a produção é relevante e imprescindível ao deslinde do feito, situação incorrente na espécie.

2. Mérito

Quanto ao mérito propriamente, melhor sorte não socorre o embargante.



LFC
Nº 70077254712 (Nº CNJ: 0090683-49.2018.8.21.7000)
2018/CÍVEL

Analisando detidamente o processo, constata-se que não obstante alegar o embargante que a atividade desenvolvida faz parte de uma das etapas do processo industrial, aperfeiçoando e alterando a aparência do produto, mediante a inserção de marca e demais informações no produto, sem qualquer relação com a previsão definida no subitem 14.05, da Lista de Serviço, e que inclusive sempre pagou ICMS, nada trouxe aos autos para corroborar a sua tese, sequer consta uma nota de serviço nos autos ou comprovação de recolhimento de ICMS, existindo apenas os relatórios e as conclusões das Câmaras dos Recursos Tributários, em sentido oposto.

A tese de que recolhe ICMS e por tal razão estaria vinculado a este tributo não merece prosperar, pois segundo já decidido pela Segunda Turma do STJ, Ministro Castro Meira, “O fato de o tributo ter sido declarado pelo próprio contribuinte não implica o direito do Fisco de cobrá-lo, independente da ocorrência de seu fato gerador. No âmbito do direito tributário, a vontade do sujeito passivo é irrelevante tanto para a descaracterização da hipótese de incidência, quanto para sua ocorrência. A circunstância apontada no acórdão recorrido de que nesse caso o contribuinte iria enriquecer com a cobrança do ICMS de seus clientes e de que, com isso, também teria sido gerado um crédito irregular para os adquirentes não pode servir para justificar a exigência de um tributo que é indevido e que acabaria por enriquecer ilicitamente o Estado (REsp 542242/SP, j. 23/10/07, DJ 08/11/07, p. 210).

Saliento que os serviços de composição gráfica personalizada e sob encomenda são compreendidos como operação mista, na qual incide o ISS, já que prevista a atividade na relação anexa à Lei Complementar nº 116/2003, impondo-se analisar se, no caso, encontram-se presentes as características citadas, relativas à personalização e à encomenda.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre a matéria por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1092206/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, em acórdão assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DELIMITAÇÃO DA
COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ENTRE ESTADOS E MUNICÍPIOS. ICMS
E ISSQN. CRITÉRIOS. SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA.
SÚMULA 156 DO STJ.



LFC

Nº 70077254712 (Nº CNJ: 0090683-49.2018.8.21.7000)

2018/CÍVEL

1. Segundo decorre do sistema normativo específico (art. 155, II, § 2º, IX, b e 156, III da CF, art. 2º, IV, da LC 87/96 e art. 1º, § 2º, da LC 116/03), a delimitação dos campos de competência tributária entre Estados e Municípios, relativamente à incidência de ICMS e de ISSQN, está submetida aos seguintes critérios: (a) sobre operações de circulação de mercadoria e sobre serviços de transporte interestadual e internacional e de comunicações incide ICMS; (b) sobre operações de prestação de serviços compreendidos na lista de que trata a LC 116/03 (que sucedeu ao DL 406/68), incide ISSQN; e (c) sobre operações mistas, assim entendidas as que agregam mercadorias e serviços, incide o ISSQN sempre que o serviço agregado estiver compreendido na lista de que trata a LC 116/03 e incide ICMS sempre que o serviço agregado não estiver previsto na referida lista.

2. As operações de composição gráfica, como no caso de impressos personalizados e sob encomenda, são de natureza mista, sendo que os serviços a elas agregados estão incluídos na Lista Anexa ao Decreto-Lei 406/68 (item 77) e à LC 116/03 (item 13.05). Conseqüentemente, tais operações estão sujeitas à incidência de ISSQN (e não de ICMS), Confirma-se o entendimento da Súmula 156/STJ: "A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS." Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção.

3. Recurso especial provido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08." (REsp 1092206/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 23/03/2009). (Grifei).

Em julgamentos mais recentes, a orientação vem sendo mantida:

"TRIBUTÁRIO. COMPOSIÇÃO GRÁFICA PERSONALIZADA E SOB ENCOMENDA. IPI. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 156/STJ. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, está sujeita apenas ao ISS, não se submetendo ao ICMS ou ao IPI. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 816.632/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 11/02/2016). (Grifei).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. COMPOSIÇÃO GRÁFICA. ATIVIDADE MISTA. INCIDÊNCIA DE ISS, E NÃO DE ICMS. OBJETO SOCIAL QUE SUPOSTAMENTE EVIDENCIA A PRODUÇÃO INDUSTRIAL DE EMBALAGENS. REVISÃO DA PREMISSA FÁTICA ADOTADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL. SÚMULAS 5 E 7/STJ.



LFC

Nº 70077254712 (Nº CNJ: 0090683-49.2018.8.21.7000)

2018/CÍVEL

1. O acórdão do Tribunal a quo consigna que a hipótese versa sobre a incidência de ISS, e não de ICMS, tendo em vista que "a atividade supracitada de prestação do serviço de composição gráfica personalizada e sob encomenda sobre embalagens plásticas, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está inserida no item 77 da lista de anexo da Lei Complementar 406/68, motivo pelo qual fica a mesma sujeita à incidência do ISS, devendo ser aplicado, no presente caso, os rigores da Súmula 156 do STJ".
2. A orientação adotada nas instâncias de origem seguiu o entendimento do STJ adotado no julgamento do REsp 1.092.206/SP, no rito do art. 543-C do CPC.
3. (...).
4. (...).
5. (...).
6. Agravo Regimental não provido." (AgRg no AREsp 449.342/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 13/10/2014). (Grifei e suprimi).

Entendo que a parte autora não elidiu os elementos dos autos, no sentido de que a atividade empresarial se resume à composição gráfica personalizada e sob encomenda para uso próprio da empresa, notadamente considerando a razão social da empresa, conforme fl. 159, "Declaração de Firma Mercantil Individual", na qual consta na descrição do objeto (atividade) "serviços serigráficos em geral", o qual se enquadra como prestação de serviços de composição gráfica.

Portanto, não há como afirmar que a operação realizada pelo embargante fosse de industrialização, no conceito legal, na medida em que não se está tributando a operação onde o prestador realiza uma industrialização encomendada por um cliente, onde o prestador é responsável pela aquisição de todas as matérias-primas utilizadas no processo. Ao contrário, o município está tributando as prestações de serviços realizadas sob encomenda do tomador, onde este encaminhou o produto para ser beneficiado e depois retornar ao tomador, após a conclusão dos serviços que o embargante realizou.

Nos termos do "Relatório de Atividades Fiscais" (fls. 171/175), item 3.1.1.2, **Fatos geradores e enquadramento legal**, "Conforme descrito nas notas fiscais do ICMS e do ISS, durante o período de maio de 2005 até junho de 2007, a empresa prestou serviços de serigrafia,



LFC
Nº 70077254712 (Nº CNJ: 0090683-49.2018.8.21.7000)
2018/CÍVEL

onde recebe peças de metal do encomendante, faz as impressões requisitadas e devolve as peças (com a impressão solicitada), para o encomendante, para que seja comercializada.

Na legislação do ISSQN esta atividade enquadra-se no subitem 14.05 da Lista de Serviços, predominantemente no processo de beneficiamento (restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, de objetos quaisquer.

Assim, verifica-se que a atividade desenvolvida pela parte autora se sujeita à incidência de ISS, não havendo espaço à tributação estadual.

Por fim, em se fazendo perfeitamente aplicável à espécie a hipótese de incidência da norma do art. 85, § 11, do CPC, uma vez que a interposição do presente apelo impingiu, inegavelmente, trabalho adicional, majoro a verba honorária advocatícia sucumbencial a que restou condenada a parte embargante para o correspondente a 17% sobre o valor atualizado da causa, o que faço, outrossim, com apoio na norma do art. 85, §§ 2º e 3º, I, do CPC.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo, majorada a verba honorária advocatícia sucumbencial fixada em sentença para o correspondente a 17% sobre o valor atualizado da causa.

É o voto.

DES.ª LAURA LOUZADA JACCOTTET - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. RICARDO TORRES HERMANN - De acordo com o(a) Relator(a).

DES.ª LÚCIA DE FÁTIMA CERVEIRA - Presidente - Apelação Cível nº 70077254712, Comarca de Porto Alegre: "NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: JOAO PEDRO CAVALLI JUNIOR