



Acórdão n.º 017/2020 – PRIMEIRA CÂMARA

Sessão do dia 11 de novembro de 2020

Recurso n.º 058/2015 – CMC (A.I.I. n.º 20105000014)

Recorrente: **NOKIA DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.** (antiga denominação da empresa  
**MICROSOFT MOBILE TECNOLOGIA LTDA.**)

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

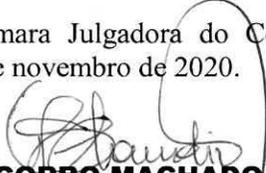
Relator: Conselheiro **FRANCISCO DE ASSIS MOURÃO JÚNIOR**

**TRIBUTÁRIO. ISSQN. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE  
RETENÇÃO NA FONTE DO IMPOSTO. SERVIÇOS DE  
COMPOSIÇÃO GRÁFICA (SUBITEM 13.05 DA LEI  
COMPLEMENTAR Nº 116/2003). ADI 4389/DF. EMBALAGENS  
DESTINADAS A POSTERIOR PROCESSO DE  
INDUSTRIALIZAÇÃO. PRECEDENTES JUDICIAIS  
CONSOLIDADOS PELA INCIDÊNCIA DO ICMS. PROVIMENTO DO  
RECURSO VOLUNTÁRIO. CANCELAMENTO DO AUTO DE  
INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO.**

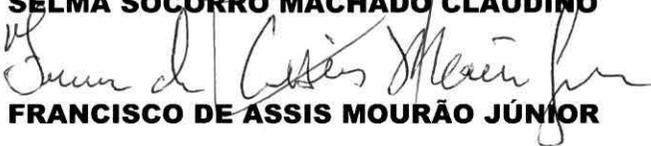
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **NOKIA DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.** (antiga denominação da empresa **MICROSOFT MOBILE TECNOLOGIA LTDA.**)

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, à unanimidade de votos, Conhecer e Dar Provimento ao Recurso Voluntário, **cancelando-se** o Auto de Infração e Intimação nº 20105000014, de 11 de fevereiro de 2010, nos termos do Relatório e Voto que passam a integrar o presente julgado.

Primeira Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, em Manaus, 11 de novembro de 2020.

  
**SELMA SOCORRO MACHADO CLAUDINO**

Presidente

  
**FRANCISCO DE ASSIS MOURÃO JÚNIOR**

Relator

  
**ANA BEATRIZ DA MOTTA PASSOS GUIMARÃES**

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ARMANDO CLAUDIO SIMÕES DA SILVA, JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA, LAURA OLIVEIRA FERNANDES e JOSÉ ROBERTO TADROS JÚNIOR.



**RECURSO Nº 058/2015 – CMC**

**ACÓRDÃO Nº 017/2020 – PRIMEIRA CÂMARA**

**PROCESSO FISCAL Nº 2010/2967/3446/00053**

**AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20105000014**

**RECORRENTE: NOKIA DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.** (antiga denominação da  
empresa **MICROSOFT MOBILE TECNOLOGIA LTDA.**)

**RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

**RELATOR: Conselheiro FRANCISCO DE ASSIS MOURÃO JÚNIOR**

## RELATÓRIO

**MICROSOFT MOBILE TECNOLOGIA LTDA.**, interpõe Recurso Voluntário, contra a **DECISÃO Nº 46/2015 - GCOF/DITR/DETR/SEMEF**, que julgou **Procedente** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20105000014**, de 11 de fevereiro de 2010, lavrado contra a Recorrente, na qualidade de substituta tributária, em decorrência da falta de retenção na fonte do ISSQN, relativos aos fatos geradores descritos no subitem 13.05 da Lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003 (confecção de embalagens para celular e guias de usuários, também correspondentes ao subitem 13.04 da Lista anexa à Lei Municipal nº 714/2003), fato este que motivou a lavratura deste Auto de Infração e Intimação em auditoria iniciada com a emissão do **TIAFI nº 86151** em 02.02.2009 abrangendo o período de **01/JANEIRO/2004 a 31/DEZEMBRO/2004** e **TIAFI nº 86154** de 26.02.2009 abrangendo o período de **01/JANEIRO/2005 a 31/DEZEMBRO/2008**, consubstanciando infração ao Artigo 2º, inciso II, e § 1º do Artigo 8º, ambos da Lei Municipal nº 1.089/2006, gerando o Crédito Tributário equivalente a 27.652,29 UFMs – Unidades Fiscais do Município, de impostos e multas devidos e não recolhido ao erário municipal.

Em seu Recurso, a Recorrente alegou, em apertada síntese, que: (i) há necessidade de sobrestamento do presente feito até o julgamento da ADI 4389, em razão da Medida Cautelar concedida pelo Supremo Tribunal Federal nos referidos autos, a qual suspendeu a eficácia do subitem 13.05 da Lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, com efeitos “*ex nunc*”; (ii) o Auto de Infração e Intimação em exame padece de nulidade, por violação ao Artigo 5º, incisos LIV e LV e Artigo 37, “*caput*”, ambos da Constituição Federal, bem como ao Artigo 77, inciso IV da Lei nº 1.697/83, dada a ausência de indicação do fundamento legal dos juros de mora exigidos da Recorrente; (iii) conforme decidido pelo STF na ADI 4389 e em Decisões posteriores do STJ a fabricação de embalagens, empregadas em ulterior processo industrial não se caracteriza como prestação de serviço, de modo a afastar a incidência do ISSQN; (iv) as embalagens adquiridas pela Recorrente são empregadas no transporte dos celulares produzidos pela mesma, constituindo etapa intermediária de processo industrial; (v) as embalagens em questão não possuem qualquer signo distintivo e sua fabricação não envolve procedimento de impressão gráfica que justifique a aplicação do subitem 13.05 da Lei Complementar nº

AK



116/2003; (vi) além das embalagens, os fatos autuados incluem também a aquisição de “guias de usuários”, produtos cuja confecção, no seu entender, estariam acobertadas por imunidade tributária (Artigo 150, inciso VI, alínea “d”, CF); e, (vii) em face da revogação do Artigo 11 da Lei Municipal nº 1.089/2006 pela Lei Municipal nº 1.420/2010 (que por sua vez, deu nova redação ao art. 30, inciso I, da Lei nº 254/94), a multa inicialmente aplicada no patamar de 60% deve ser reduzida para 50%, com fundamento no Artigo 106 do CTN. Requer, ao final, o sobrestamento do presente processo administrativo fiscal até que seja definitivamente julgada a ADI 4389 pelo STF e, caso se entenda pela possibilidade de se apreciar o mérito da demanda, que seja dado provimento ao presente Recurso, reformando-se a Decisão recorrida para o fim de julgar improcedente o lançamento ora contestado.

No **PARECER Nº 16/2020 - CARF-M/RF/ 1ª Câmara**, às fls. 157 a 165 a ilustre Representante Fiscal opinou pelo **CONHECIMENTO** e, no mérito, pelo **PROVIMENTO** do Recurso Voluntário interposto **MICROSOFT MOBILE TECNOLOGIA LTDA.**, com vistas à reforma Decisão de Primeiro Grau e ao **CANCELAMENTO** do Auto de Infração e Intimação nº 20105000014.

**É o relatório.**

### **V O T O**

**DA DECISÃO DE MÉRITO DA ADI 4389. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. NECESSIDADE DE DAR PROSSEGUIMENTO AOS JULGAMENTO DOS PRESENTES AUTOS:**

Em atendimento a requerimento formulado pela própria Recorrente, os autos do processo em referência permaneceram sobrestados, até a presente data, com a finalidade de aguardar o julgamento de mérito, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4389, na qual a Associação Brasileira de Embalagens (ABRE) pleiteava a declaração de inconstitucionalidade do subitem 13 05 da Lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

Cumpre frisar que à época do ajuizamento da mencionada ação ocorrida no exercício de 2010, o enunciado normativo do subitem 13.05 encontrava-se vigente com a seguinte redação

*13.05 - Composição gráfica fotocomposição clichena zmcografia, litografia e fotolitografia.*



Conforme assinalado no Parecer nº 49/2015 - RF/CMC, em 26.04.2011, o STF concedeu Medida Cautelar nos autos em questão com efeitos “*ex nunc*” (ou seja, apenas para o futuro), para interpretar o Artigo 1º, caput e § 2º da Lei Complementar nº 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.

Posteriormente, em 29.12.2016, entrou em vigor a Lei Complementar nº 157/2016, cujo Anexo alterou substancialmente a redação de vários itens e subitens da Lista de Serviços da Lei Complementar nº 116/2003, incluído o subitem 13.05, que a partir de então passou a contemplar a seguinte redação:

*13.05 - Composição gráfica, inclusive confecção de impressos gráficos, fotocomposição, clichéria, zincografia, litografia e fotolitografia, exceto se destinados a posterior operação de comercialização ou industrialização, ainda que incorporados, de qualquer forma, a outra mercadoria que deva ser objeto de posterior circulação, tais como bulas, rótulos, etiquetas, caixas, cartuchos, embalagens e manuais técnicos e de instrução, quando ficarão sujeitos ao ICMS.*

Tal alteração legislativa levou o STF a declarar a perda de objeto da ADI nº 4389, consoante se verifica no acórdão abaixo transcrito:

*DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PERDA DO OBJETO. EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.*

- 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que a revogação ou alteração substancial, que implique exaurimento da eficácia dos dispositivos questionados, resulta na perda de objeto da ação.*
- 2. Perda superveniente do objeto. Extinção do processo sem resolução de mérito.*

Registra-se que o voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Relator para esse acórdão, consignou ainda que ficariam “*mantidos os efeitos da cautelar no período em que vigeu*”. Nesse sentido, confira-se:

*14. Em face do exaurimento da eficácia do ato normativo impugnado, e com base na jurisprudência desta Corte constato, portanto, o prejuízo do presente ADI por perda superveniente do objeto, mantidos os efeitos da cautelar no período em que vigeu.*

Assim, considerando que a questão de fundo tratada na ADI nº 4389 já foi dirimida pela Suprema Corte, há ser dado prosseguimento ao julgamento dos presentes autos uma vez superados os motivos que justificavam o seu sobrestamento.



**DA INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA  
CUJOS PRODUTOS SE SUJEITAM A POSTERIOR PROCEDIMENTO DE  
INDUSTRIALIZAÇÃO. PRECEDENTES CONSOLIDADOS NO ÂMBITO DO STJ E  
STF:**

A principal controvérsia suscitada pela Recorrente diz respeito à alegada não incidência do ISSQN sobre as operações ora autuadas pelo Fisco municipal, as quais, no seu entendimento, configurariam mera etapa intermediária de processo de industrialização, situação sujeita apenas à cobrança do ICMS.

Inicialmente, mostra-se importante esclarecer que os fatos geradores ora autuados foram praticados entre janeiro de 2005 a dezembro de 2008 e que o Auto de Infração e Intimação nº 20105000014 foi lavrado em 11.02.2010, tendo a Recorrente tomado ciência de seu inteiro teor no dia 01.03.2010.

Desse modo, em tese e a princípio, a legislação tributária que deveria ser aplicada ao caso em julgamento corresponderia àquela vigente à época da prática dos fatos geradores, nos moldes previstos pelo Artigo 144 do Código Tributário Nacional:

*Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.*

Vale destacar que antes da alteração promovida pela Lei Complementar nº 157/2016, a Lei Complementar nº 116/2003 considerava irrelevante, para efeito da incidência do ISSQN sobre as atividades descritas no antigo enunciado do seu subitem 13.05, a ulterior utilização da embalagem e de demais produtos gráficos em uma cadeia de industrialização.

A despeito da previsão trazida pelo CTN, após a concessão da medida cautelar na ADI nº 4389, a jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de não admitir a incidência do ISSQN nas operações de industrialização por encomenda de embalagens, destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria. Vejamos:

*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO TRIBUTÁRIO. CONTROVÉRSIA QUANTO À INCIDÊNCIA DO ICMS OU DO ISSQN. FABRICAÇÃO DE EMBALAGENS-COMPOSIÇÃO GRÁFICA. MATERIAIS EMPREGADOS NO PROCESSO PRODUTIVO DE MERCADORIAS. INCIDÊNCIA DO ICMS POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO DOS FEITOS QUE VERSEM SOBRE A MESMA CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELO PLENÁRIO EM JUÍZO PRECÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*(STF. ARE 916725 AgR, Órgão julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. LUIZ FUX, Julgamento: 16/02/2016. Publicação: 02/03/2016).*



*EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA. ETAPA INTERMEDIÁRIA DA CADEIA DE PRODUÇÃO. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS ATESTADAS PELA ORIGEM. INOCORRÊNCIA DA MATERIALIDADE ATRIBUÍDA AO ISSQN Nas hipóteses de conflito entre os fatos impositivos do ICMS e do ISS, não se pode desconsiderar o papel da atividade exercida no contexto de todo o ciclo produtivo. Sob tal perspectiva, cabe ao intérprete perquirir se o sujeito passivo presta um serviço marcado por um talento humano específico e voltado ao destinatário final, ou desempenha atividade essencialmente industrial, que constitui apenas mais uma etapa dentro da cadeia de circulação. Perfilando esta diretriz, não é possível fazer incidir o ISS nas hipóteses em que a atividade exercida sobre o bem constitui mera etapa intermediária do processo produtivo. Quanto ao valor arbitrado a título de verba honorária, considerando a possibilidade de fixação com base na apreciação equitativa do magistrado (art. 20, § 4o, do CPC), fica a condenação reduzida para o montante apontado nas razões de decidir. Agravo regimental parcialmente provido tão somente para o fim de reduzir o valor.*

(STF, ARE 839976 AgR, Órgão julgador: Primeira Turma, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 10/02/2015, Publicação: 12/03/2015).

Esse entendimento também vem sendo aplicado pela Suprema Corte mesmo após a declaração de perda de objeto da ADI nº 4389, consoante observado no acórdão abaixo retratado:

*Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. SEGUNDO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ETIQUETAS. COMPOSIÇÃO GRÁFICA. POSTERIOR PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO OU CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA. INCIDÊNCIA DO ICMS.*

*1. O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADI 4.389-MC, reconheceu que o ISS não incide sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens. Destinadas à interação ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria. Presentes os requisitos constitucionais e legais, incidirá o ICMS.*

*2. O Tribunal de origem decidiu que a produção das etiquetas, sobre as quais é realizada a atividade de composição gráfica, personalizada e sob encomenda que envolva fornecimento de mercadorias, não é mero serviço e sim atividade industrial. Entretanto, afastou a incidência de ICMS sobre as operações.*

*3. Desse modo, o acórdão proferido pelo Tribunal de origem está em descompasso com o entendimento do STF.*

*4. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente observados os limites legais do art 85, §§ 2o e 3º do CPC/20157.*



(STF, ARE1054164, Órgão julgador: Primeira Turma  
Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento  
28/06/2019 Publicação 06/08/2019.

Em razão dos precedentes judiciais elencados acima o Superior Tribunal de Justiça, igualmente, reformulou sua jurisprudência (até então alicerçada na Súmula nº 1568), visando se alinhar ao atual entendimento do STF sobre a matéria confira-se.

*TRIBUTÁRIO. ICMS E ISS. SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA. SÚMULA 156 DO STJ. ADEQUAÇÃO AO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4389-MC.*

1. A Primeira Seção do STJ, em 11.3.2009, no julgamento do REsp 1.092.206/SP, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, submetido ao rito dos recursos repetitivos nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual "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). Consequentemente, 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".

2. Contudo, em 13.4.2011 o Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na ADI 4389. Rei. Min. Joaquim Barbosa, reconheceu que não incide ISS sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens, destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria.

3. Ante a possibilidade de julgamento imediato dos feitos que versem sobre a mesma controvérsia decidida pelo Plenário do STF em juízo precário, é necessária a readequação do entendimento desta Corte ao que ficou consolidado pelo STF no julgamento da ADI 4389-MC.

4. Hipótese em que o Tribunal de origem manifestou-se no mesmo sentido do entendimento exarado pelo STF, não merecendo reforma o acórdão estadual. Agravo regimental provido.

(STJ, AgRg no REsp 1310728/SP. Rel Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016. Dje 13/06/2016)

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. SACOLAS PLÁSTICAS ORIUNDAS DE SERVIÇO DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA QUE ENVOLVEM FORNECIMENTO DE MERCADORIAS E DE SERVIÇOS. QUESTÃO APRECIADA PELO STF, NO JULGAMENTO DA ADI 4.389/MC, REL. MIN. JOAQUIM BARBOSA, TRIBUNAL PLENO, Dje 25.5.2011 AGRAVO INTERNO DA CONTRIBUINTE A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*



1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na ADI 4.389/SP, firmou posicionamento de que se sujeitam ao recolhimento do ICMS as operações de industrialização por encomenda de embalagens destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de posterior circulação de mercadoria.

2. Seguindo a orientação do STF, ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção reformularam o entendimento exarado no Recurso Repetitivo 1.092.206/SP para adequá-lo ao que restou consolidado no julgamento da referida ADI/MC. Precedentes: REsp. 1.686.771/SP. Rei. Min. HERMAN BENJAMIN. Dje 23.10.2017; AgRg no REsp.1.310.728/SP. Rei. Min. HUMBERTO MARTINS. Dje 13.6.2016; AgRq no REsp. 1.050.643/SP. Rei. Min. SÉRGIO KUKINA. Dje 28,3,2016.

3. No caso, trata-se de atividade de composição gráfica de sacolas personalizadas por encomenda pela impetrante, fornecidas a clientes para acondicionamento e transporte das mercadorias que comercializa, não havendo dúvidas de que essas embalagens participam da circulação de mercadorias até o consumidor final, razão pela qual não há como afastar a incidência de ICMS.

4. Agravo Interno da Contribuinte a que se nega provimento. (STJ, AgInt no RMS 44.249/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2019, Dje 26/03/2019).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. OPERAÇÕES DE INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA DE EMBALAGENS DESTINADAS À SUBSEQUENTE UTILIZAÇÃO EM PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO OU DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA. QUESTÃO APRECIADA PELO STF, NO JULGAMENTO DA ADI 4.389/MC, REL. MIN. JOAQUIM BARBOSA, TRIBUNAL PLENO, Dje 25.5.2011. DECRETAÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA EM DESFAVOR DA FAZENDA PÚBLICA. AGRAVO INTERNO DO MUNICÍPIO DE CONTAGEM/MG DESPROVIDO.

1. Segundo jurisprudência consolidada no STJ, inaplicável à Fazenda Pública o efeito material da revelia, considerando que seus bens e direitos são considerados indisponíveis. Precedentes: AgInt no REsp. 1.358.556/SP, Rei. Min. REGINA HELENA COSTA, Dje 18.11.2016; REsp. 939.086/RS, Rel. Min. MARILZA MAYNARD, Dje 25.8.2014.

2. As Turmas integrantes da 1ª Seção, seguindo orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na ADI 4.389/SP, reconhecem a incidência do ICMS nas operações de industrialização por encomenda de embalagens destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de posterior circulação de mercadoria. Precedentes: AgInt nos EREsp. 1.050.643/SP. Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES. Dje 8.11.2016: AqRq no REsp.



1.310.728/SP. Rel. Min. HUMBERTO MARTINS. DJe 13.6.2016: AaRg no REsp. 1.050.643/SP. Rel. Min. SÉRGIO KUKINA. DJe 28.3.2016.  
3 Agravo Interno do Município de Contagem/MG desprovido11 (STJ). Aglnt no AgRg no REsp 1278177/MG Rei Mimstro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO PRIMEIRA TURMA julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017)

PROCESSUAL CIVIL TRIBUTÁRIO ICMS PRODUÇÃO E FORNECIMENTO DE EMBALAGENS PERSONALIZADAS ADEQUAÇÃO AO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4389-MC

(...)

3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na ADI 4.389/SP, firmou posicionamento de que se sujeitam ao recolhimento do ICMS as operações de industrialização por encomenda de embalagem destinada á intreção ou utilização direta em processo subsequente de industrialização de posterior circulação de mercadoria. Seguindo a orientação do STF. Ambas as Turmas integrantes da Primeira Seção reformularam o entendimento exarado no Recurso Repetitivo 1.092.206/SP para adequá-lo ao que ficou consolidado no julgamento da referida ADI.

4. As Turmas integrantes da 1ª Seção, seguindo orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do juramento da Medida Cautelar na ADI 4.389/SP. Medida Cautelar na ADI 4.389/SP.

5. O acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual não merece prosperar a irresignação.

6. Recurso Especial não provido.

(STJ, REsp 1832006/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 19/12/2019).

Note-se que a jurisprudência em questão vem sendo aplicada pelos Tribunais Superiores mesmo para casos nos quais os fatos geradores tenham ocorrido antes da concessão da medida cautelar da ADI nº 4389 (de 26.04.2011), a exemplo do AgRg no REsp 1310728 / SP (STJ) e do ARE 839976 AgR (STF).

Além disso, o STJ vem consignando em vários de seus precedentes a possibilidade de se aplicar imediatamente aos processos pendentes de julgamento a decisão proferida na cautelar da ADI nº 4389.

Definido o atual panorama jurisprudencial acerca da tributação dos serviços gráficos descritos no subitem 13.05 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, infere-se que o deslinde da controvérsia em apreço passa pela constatação se as embalagens e demais produtos gráficos decorrentes das atividades fiscalizadas pelo Município tinham por finalidade o uso pela própria Recorrente (quando há de incidir o ISSQN), ou se estavam destinadas a subsequente processo de industrialização (quando há de incidir o ICMS).



Nesse sentido, o exame das provas documentais juntadas aos autos aponta que as embalagens e as guias de usuário (manuais) adquiridas pela Recorrente integravam etapa de processo de industrialização promovido pela empresa autuada.

Comprovam essa assertiva o Contrato Social de fls. 33/48 e o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica de fls. 32, pelos quais se verifica que a Recorrente desenvolve atividade industrial (fabricação de aparelhos telefônicos), além da própria réplica fiscal de fls. 57/60, onde a autoridade lançadora esclarece que as embalagens encomendadas pela empresa autuada são empregadas no acondicionamento “dos celulares de sua fabricação, vendidos a terceiros”.

Informação pela qual se intui que o material gráfico produzido não serviria para uso próprio da Recorrente e sim de outros consumidores.

Destarte, confirmada a validade das alegações de defesa da Recorrente, a autuação não deve prosperar, posto que realizada fora dos atuais parâmetros jurisprudenciais estabelecidos pelo STJ e STF acerca da composição gráfica.

Assim, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** e **PROVIMENTO** do Recurso Voluntário interposto por **MICROSOFT MOBILE TECNOLOGIA LTDA.**, com vistas à reforma da Decisão de Primeiro Grau e ao **CANCELAMENTO** do **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20105000014.**

**É o meu Voto.**

**PRIMEIRA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO**, em Manaus, 11 de novembro de 2020.

**FRANCISCO DE ASSIS MOURÃO JÚNIOR**  
Conselheiro Relator