

15/03/2016

PRIMEIRA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 782.152 SÃO PAULO

|                |                                           |
|----------------|-------------------------------------------|
| RELATOR        | : MIN. ROBERTO BARROSO                    |
| AGTE.(S)       | : GUAÇU S/A DE PAPÉIS E EMBALAGENS        |
| ADV.(A/S)      | : ANTÔNIO CARLOS BRUGNARO                 |
| AGDO.(A/S)     | : ESTADO DE SÃO PAULO                     |
| PROC.(A/S)(ES) | : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO |

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPOSIÇÃO GRÁFICA EM MERCADORIAS. INCIDÊNCIA DE ICMS. PRECEDENTES.

1. Não incide a Súmula 281/STF quando existe decisão colegiada anterior à decisão monocrática que julga embargos de declaração.

2. Nos termos da jurisprudência da Corte, a composição gráfica é residual com relação a entrega das embalagens, que devem ser vistas como mercadorias. Sob tal perspectiva, a obrigação de dar prepondera sobre a obrigação de fazer, atraindo a incidência do ICMS na espécie.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

## **A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 15 de março de 2016.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

15/03/2016

PRIMEIRA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 782.152 SÃO PAULO

|                |                                           |
|----------------|-------------------------------------------|
| RELATOR        | : MIN. ROBERTO BARROSO                    |
| AGTE.(S)       | : GUAÇU S/A DE PAPÉIS E EMBALAGENS        |
| ADV.(A/S)      | : ANTÔNIO CARLOS BRUGNARO                 |
| AGDO.(A/S)     | : ESTADO DE SÃO PAULO                     |
| PROC.(A/S)(ES) | : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO |

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):**

1. Trata-se de agravo regimental cujo objeto é decisão monocrática que conheceu do agravo para dar provimento ao recurso extraordinário, pelos seguintes fundamentos:

“Trata-se de agravo cujo objeto é decisão do Ministro Joaquim Barbosa, relator originário do feito, que negou seguimento ao agravo de instrumento, com base nos seguintes termos:

‘Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que não admitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição), que tem por violado o art. 155, II, da Carta Magna.

O recurso extraordinário foi interposto de acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou embargos de declaração opostos contra decisão monocrática prolatada pela relatora do recurso especial, a qual, por sua vez, não foi impugnada pelo agravo a que alude o art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

A competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o recurso extraordinário restringe-se às causas decididas em única ou última instância (CF, art. 102, III).

No caso em exame, a agravante não esgotou, quanto

**AI 782152 AGR-SEGUNDO / SP**

à decisão que pretende impugnar, as vias recursais cabíveis, visto que, da decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial, não foi interposto o agravo para o órgão colegiado (CPC, art.557, § 1º).

O conhecimento do recurso extraordinário é de ser obstado porque incide o enunciado da Súmula 281. No mesmo sentido: AI 633.489-AgR (rel. min. Menezes Direito, Primeira Turma, DJe de 21.08.2009), AI 731.854-AgR (rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 19.11.2010), AI 801.565 (rel. min. Ellen Gracie, DJe de 12.08.2011) e AI 527.611 (de minha relatoria, DJe de 07.02.2008).

Do exposto, nego seguimento ao presente agravo’.

O agravante sustenta que esgotou todas as instâncias, na medida em que o recurso especial interposto foi apreciado monocraticamente e, após a interposição de embargos, foi submetido a decisão colegiada.

De início, reconsidero a decisão de fls. 257 e passo a reapreciar a matéria.

A jurisprudência da Corte é pacífica quanto ao não cabimento do recurso quando os embargos declaratórios forem objeto de decisão monocrática . Esta é a conclusão que se extrai do julgamento do RE 515060, Relator o Ministro Joaquim Barbosa:

‘AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 281/STF. O recurso extraordinário só é cabível quando seus requisitos constitucionais de admissibilidade ocorrem, e um deles é o de que a decisão recorrida decorra de causa julgada em única ou última instância (art. 102, III, da Constituição federal). **Sucedo que, a decisão monocrática proferida nos embargos de declaração não esgotou as vias recursais ordinárias** . Incidência, no caso, da Súmula

**AI 782152 AGR-SEGUNDO / SP**

281/STF. Ademais, não cabe recurso extraordinário contra decisão que concede ou denega medida cautelar ou provimento liminar, pois a verificação da existência dos requisitos para sua concessão, além de se situar na esfera de avaliação subjetiva do magistrado, não é manifestação conclusiva de sua procedência para ocorrer a hipótese de cabimento do recurso extraordinário pela letra a do inciso III do artigo 102 da Constituição. Agravo regimental a que se nega provimento'. (grifei e sublinhei)

A *contrario sensu*, se o julgamento dos embargos declaratórios for colegiado, a conclusão deve ser diversa. Urge reconhecer o esgotamento da instância recursal no caso de o recurso ser apreciado por órgão fracionário.

Se o entendimento deste Tribunal é pacífico quanto à fungibilidade aplicável entre os embargos de declaração e o agravo regimental, torna-se insustentável negar trânsito ao recurso. Certo de que o recurso especial foi objeto de um julgamento colegiado, reconheço o esgotamento da via recursal. Firme nestas razões, conheço do agravo e passo a apreciar o recurso extraordinário.

Cinge-se a controvérsia em definir se a confecção de embalagens sob encomenda está sujeita ao ICMS ou ao ISS. O Supremo Tribunal Federal fez importantes conclusões a respeito desta matéria no julgamento da ADI nº 4.389/DF-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Confira-se a ementa do julgado:

‘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

**AI 782152 AGR-SEGUNDO / SP**

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.

Recentemente, a Egrégia Primeira Turma teve a oportunidade de apreciar a mesma questão, reforçando na ocasião o entendimento firmado no precedente acima mencionado. Neste sentido, confira-se o AI 803296, Rel. Min. Dias Toffoli:

**‘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.

**AI 782152 AGR-SEGUNDO / SP**

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’.

Nos termos da jurisprudência da Corte, prevalece o entendimento de que a composição gráfica é residual com relação a entrega das embalagens, que devem ser vistas como mercadorias. Sob tal perspectiva, a obrigação de dar prepondera sobre a obrigação de fazer, atraindo a incidência do ICMS na espécie.

Diante do exposto, com base no art. 544, § 4º, II, c, do CPC, conheço do agravo para dar provimento ao recurso extraordinário, a fim de reconhecer a improcedência dos embargos à execução fiscal. Inverto os ônus da sucumbência”.

2. A parte agravante sustenta, preliminarmente, a incidência da Súmula 281/STF, uma vez que não se aplicou a fungibilidade entre os embargos declaratórios e o agravo regimental no julgamento do STJ, de modo que inexistente julgamento colegiado de mérito nos embargos

**AI 782152 AGR-SEGUNDO / SP**

declaratórios rejeitados. Insiste, no mérito, que a ADI 4.389-MC teve seus efeitos modulados de forma que se aplica somente para o futuro.

3. É o relatório.

15/03/2016

PRIMEIRA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 782.152 SÃO PAULO

VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):**

1. O agravo regimental não merece provimento, tendo em vista que a parte recorrente limita-se a repetir argumentos já devidamente rechaçados na decisão agravada.

2. De início, cumpre registrar que a decisão de fls. 257 foi reconsiderada de modo a reconhecer que não incide no caso a Súmula 281/STF, porquanto a jurisprudência desta Corte reconhece o exaurimento de instâncias ante a existência de embargos declaratórios, ainda que objeto de decisão monocrática, quando opostos em face de decisão colegiada, consoante precedentes já citados na decisão agravada.

3. Ademais, no mérito, tal como constatou a decisão agravada, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a composição gráfica é residual com relação a entrega das embalagens, que devem ser vistas como mercadorias, o que atrai a incidência do ICMS. No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS – EXAME PERICIAL – RECONHECIMENTO DE QUE A ATIVIDADE DA EMPRESA CONTRIBUINTE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA, SUBSUMINDO-SE, AO CONTRÁRIO, À NOÇÃO DE OPERAÇÃO DE MERCADORIAS – REEXAME DE FATOS E PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 279/STF – INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RECURSO DE AGRAVO PROVIDO. - Não se revela admissível o recurso extraordinário quando interposto com o objetivo de discutir questões de fato

**AI 782152 AGR-SEGUNDO / SP**

ou de examinar matéria de caráter probatório. Precedentes.”  
(ARE 768.927-AgR-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello)

“Agravamento regimental 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. Agravamento regimental não provido.”  
(AI 803.296-AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, INC. VI, A, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXTENSÃO EM FAVOR DA CASA DA MOEDA.

**AI 782152 AGR-SEGUNDO / SP**

RESTRIÇÃO ÀS ATIVIDADES NAS QUAIS A EMPRESA ATUA COMO DELEGATÁRIA DA UNIÃO. SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA RESIDUAL EM RELAÇÃO À CONFECCÃO DE FICHAS TELEFÔNICAS. NÃO INCIDÊNCIA DO ISS.

1. Ao atuar em regime de concorrência com o particular, o ente integrante da administração indireta não pode gozar de benefícios inextensíveis aos demais agentes do setor privado. Por tal razão, a norma imunizante só alcança os serviços prestados em regime de exclusividade, com base em expressa delegação da União.

2. Os serviços de composição gráfica realizados em fichas telefônicas são prestados em caráter privado. A despeito da atividade não estar acobertada pela imunidade, não há como reconhecer a incidência do ISS na hipótese em virtude de os serviços serem meramente residuais em relação à operação de circulação de tais mercadorias. Aplicam-se ao caso as conclusões do Supremo Tribunal Federal sobre a composição de serviços gráficos em embalagens (ADI 4.389-MC).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 592.752-AgR/RJ, Rel. Min. Luís Roberto Barroso)

4. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.



**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**SEGUNDO AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 782.152**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO**

AGTE.(S) : GUAÇU S/A DE PAPÉIS E EMBALAGENS

ADV.(A/S) : ANTÔNIO CARLOS BRUGNARO (86640B/SP)

AGDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Decisão:** A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 15.3.2016.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Deborah Duprat.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Secretária da Primeira Turma