

30/09/2008

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 533.202-3 SÃO PAULO

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
AGRAVANTE(S) : ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO(A/S) : PGE-SP - NEWTON JORGE  
AGRAVADO(A/S) : ASSAN ALI  
ADVOGADO(A/S) : FELIQUIS KALAF E OUTRO(A/S)

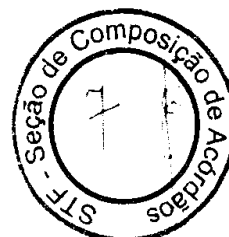
**EMENTA:** Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Confeção de rótulos e etiquetas sob encomenda. Incidência apenas de ISS, e não ICMS. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 30 de setembro de 2008.

**MINISTRO GILMAR MENDES**  
**PRESIDENTE E RELATOR**  
(RISTF, art. 148, parágrafo único)  
Documento assinado digitalmente.



30/09/2008

SEGUNDA TURMA

**AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 533.202-3 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
AGRAVANTE(S) : ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO(A/S) : PGE-SP - NEWTON JORGE  
AGRAVADO(A/S) : ASSAN ALI  
ADVOGADO(A/S) : FELIQUIS KALAF E OUTRO(A/S)

**R E L A T Ó R I O**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** (Relator):

Ao apreciar o recurso, proferi a seguinte decisão:

**"DECISÃO:** Trata-se de agravo contra decisão que negou processamento a recurso extraordinário fundado no art. 102, III, 'a', da Constituição Federal, interposto em face de acórdão assim ementado (fl. 40):

'ICMS - Rótulos - A impressão de rótulos sob encomenda está sujeita ao ISS. Súmula nº 156, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Recurso provido.'

Alega-se violação aos arts. 155, II e 156, III, da Carta Magna.

O Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, em parecer de fls. 71/72, manifestou-se pelo desprovimento do recurso, fundado em alegação de ofensa reflexa à norma constitucional.

Esta Corte no julgamento do RE 108.854, 1ª T., Rel. Néri da Silveira, DJ 16.12.88, assim decidiu:

**EMENTA:** Recurso extraordinário. ICM e ISS. Composição gráfica. Serviços de impressos sob encomendas. Incide, em tal hipótese, apenas, o ISS, e não o ICM. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido.'

Em caso análogo ao destes autos o RE 102.599, 2ª T., Rel. Moreira Alves, DJ 16.11.84.

AI 533.202-Agr / SP

Assim, nego seguimento ao agravo (art. 557, caput, do CPC)."

No agravo regimental, sustenta-se:

"O caso, no entanto, aparentemente simples, tem algumas peculiaridades que merecem um exame mais acurado de Vossa Excelência, principalmente à luz de alguns aspectos evidenciados pelos próprios precedentes dessa Casa, e que são no sentido da incidência do ICMS. Até porque, a Constituição Federal, no seu art. 155, I, 'b' (redação anterior à EC 03/93), diz que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre a circulação de mercadorias, e a interpretação desse dispositivo à luz do que assentado no acórdão do Tribunal local e agora corroborado pelo r. despacho agravado, clama melhor análise para constatar, ou não, se o caso dos autos é de efetiva circulação de mercadorias, e, portanto, de incidência do ICMS."

É o relatório.

AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 533.202-3 SÃO PAULO

## V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):

O agravante não demonstrou o desacerto da decisão agravada, proferida em conformidade com em entendimento desta Corte segundo o qual não incide ICMS sobre serviços de confecção de impresso sob encomenda para uso próprio, v.g., o RE 102.599, 2ª T., Rel. Moreira Alves, DJ 16.11.1984, RE 108.854, 1ª T., Rel. Néri a Silveira, DJ 16.12.1988.

Ressalte-se, ainda, em caso análogo aos dos autos, os fundamentos utilizados por Sepúlveda Pertence, ao julgar o AI 324.597, DJ 27.10.2006:

"Certo, é de âmbito infraconstitucional o exame da inclusão da atividade exercida pelo contribuinte na lista de serviços para a incidência do ISS, conforme se afirmou no julgamento dos RREE 198.385 e 196.123, 1ª T, 02.06.1998, **Moreira e Ilmar**, respectivamente, oportunidade em que acentuei:

'Ora, segundo o regime constitucional tributário, nas operações mistas, ou incide o ISS, nas hipóteses enumeradas naquela lista, ou o ICMS, nos demais casos.

Ora, afirmada a incidência do ISS, para desmenti-la, terei de reinterpretar o Decreto-Lei 406 para aferir da sua aplicabilidade ao caso concreto. Se concluísse, com o recorrente, que se aplicou indevidamente o Decreto-lei, dessa violação desse diploma, de hierarquia infraconstitucional, é que decorreria a usurpação da competência estadual para o ICMS: questão de legalidade ou, se se quiser, de inconstitucionalidade mediata ou reflexa, por violação da norma interposta (cf. meu voto na ADIn MC 1.793).'

No entanto, a questão se torna constitucional quando se examina a inclusão do produto resultante da atividade do recorrido no

AI 533.202-AgR / SP

conceito constitucional de mercadoria, contido no art. 155, II, da Constituição, nos termos da orientação firmada no julgamento do RE 176.626, **Pertence**, RTJ 168/305.

No julgamento do RE 191.454, 1ª T, 08.06.1999, **Pertence**, após invocar os fundamentos do RE 176.626, afirmei:

'ora, tal como sucede em relação aos programas de computador, **a fita gravada pode ser o produto final de um serviço realizado para atender à demanda específica de determinado consumidor - hipótese em que se sujeita à competência tributária dos Municípios** -, ou o exemplar de uma obra oferecida ao público em geral, e nesse caso não seria lícito negar-lhe o qualificativo de mercadoria.

É essa a orientação que deve ser aplicada no caso e, assentado pelo acórdão recorrido - à luz das provas contidas nos autos - que 'a autora dedica-se a produção de material gráfico personalizado, destinado a consumidor final que os encomenda, insusceptíveis de se tornarem objeto de circulação de mercadoria', não há falar em incidência do ICMS.

No mesmo sentido, RREE 182.781, **Pertence**, RTJ 176/1.342, e 199.464, **Ilmar**, RTJ 169/376."

No caso, da análise dos autos, verifica-se que as atividades desenvolvidas pela agravada, efetivamente, não estão sujeitas a incidência do ICMS, conforme, aliás, bem analisou e decidiu o acórdão recorrido (fls. 19-20):

"Restou inquestionável nos autos que a apelante se dedica a prestação de serviços de litografia para terceiros, consistentes de rótulos e etiquetas que se prestam exclusivamente ao uso dos encomendantes para serem aplicados aos produtos destes.

O artigo 8º, do Decreto-Lei nº 406, de 31.12.68, dispõe que o imposto sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista e ele anexa. E no item 53 dessa lista constam os serviços de 'composição gráfica,

**AI 533.202-AgR / SP**

clicheria, zincografia, litografia e fotolitografia'.

Resulta, pois, que a atividade desenvolvida pela apelante, de fabricação de rótulos e etiquetas, sujeita-se apenas ao ISS.

[...]

O E. Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir que 'A feitura de rótulos, fitas, etiquetas adesivas e de identificação de produtos e mercadorias, sob encomenda e personalizadamente, é atividade de empresa gráfica sujeita ao ISS, o que não se desfigura por utilizá-los o cliente e encomendante na embalagem de produtos por ele fabricados e vendidos a terceiros' (RJTJESP-Lex 99/398)."

Assim, nego provimento ao agravo regimental.

*Supremo Tribunal Federal***SEGUNDA TURMA****EXTRATO DE ATA****AG.REG.NO AGRADO DE INSTRUMENTO 533.202-3**

PROCED.: SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

AGTE.(S): ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): PGE-SP - NEWTON JORGE

AGDO.(A/S): ASSAN ALI

ADV.(A/S): FELIQUIS KALAF E OUTRO(A/S)

**Decisão:** Negado provimento ao agravo regimental. Decisão unânime. Não participou do julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 30.09.2008.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Compareceu à Turma o Senhor Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Tribunal, a fim de julgar processos a ele vinculados, assumindo, nesta ocasião, a Presidência da Turma, de acordo com o art. 148, parágrafo único, RISTF.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede  
Coordenador