

13/04/2011

PLENÁRIO

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.389

DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**
REQTE.(S) : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE EMBALAGEM - ABRE
ADV.(A/S) : LUIZ ALBERTO BETTIOL E OUTRO(A/S)
REQDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
REQDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
INTDO.(A/S) : MUNICIPIO DE SAO PAULO
ADV.(A/S) : HOLDON JOSÉ JUAÇABA
INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE
FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF
ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
INTDO.(A/S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS
ADV.(A/S) : PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA E
OUTRO(A/S)

EMENTA: 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

ADI 4.389 MC / DF

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em deferir a medida cautelar.

Brasília, 13 de abril de 2011.

Ministro JOAQUIM BARBOSA

Relator

Documento assinado digitalmente

03/02/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.389
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. JOAQUIM BARBOSA
REQTE.(S)	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE EMBALAGEM - ABRE
ADV.(A/S)	: LUIZ ALBERTO BETTIOL E OUTRO(A/S)
REQDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
REQDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
INTDO.(A/S)	: MUNICIPIO DE SAO PAULO
ADV.(A/S)	: HOLDON JOSÉ JUAÇABA
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF
ADV.(A/S)	: RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
INTDO.(A/S)	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS
ADV.(A/S)	: PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):

Trata-se de duas ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar e ajuizadas respectivamente pela Associação Brasileira de Embalagem – Abre e pela Confederação Nacional da Indústria, que têm por objeto o **art.1º, caput e §2º, da Lei Complementar 116/2003 e os subitem 13.05 da lista de serviços anexa.**

O texto controvertido tem a seguinte redação:

LC 116/2003

Art. 1º. O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

(...)

ADI 4.389 MC / DF

§ 2º **Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.**

[...]

Lista Anexa

13 – Serviços relativos a fonografia, fotografia, cinematografia e reprografia.

[...]

13.05 – Composição gráfica, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia, fotolitografia. (grifou-se)

Narram as autoras que diversos municípios interpretam o texto controvertido de modo a considerar permitida a tributação dos serviços de composição gráfica a título de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, ainda que a atividade represente mera etapa intermediária de processo produtivo de embalagens.

Segundo dizem, diversas empresas contratam a produção de embalagens personalizadas para acondicionamento de mercadorias. Além de atender questões ligadas à logística, ao transporte e à propaganda, as embalagens muitas vezes também devem observar regulamentos estabelecidos por entidades técnicas e regulatórias, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e o Instituto Nacional de Metrologia, de Normalização e Certificação de Qualidade – Inmetro.

Ocorre que os municípios cindem a composição gráfica do processo de industrialização e comercialização para fazer incidir, de modo autônomo, o ISS. Para as autoras, quaisquer atividades relativas à composição gráfica são absorvidas pelo objeto final da operação, que é a venda das embalagens. Assim, concluem que a operação mercantil

ADI 4.389 MC / DF

deveria sofrer a incidência apenas do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.

Pedem, portanto, a concessão de medida liminar para que se dê interpretação conforme a Constituição ao texto impugnado, de forma a fixar a incidência do ICMS sobre a atividade econômica de fabricação e **circulação** de embalagens e, em conseqüência, exclua-se a incidência do ISS.

No mérito, pede-se a confirmação da medida liminar.

Adotado o rito do art. 10 da Lei 9.868/1999, sobrevieram manifestações da Presidência da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Advocacia-Geral da União.

O Ministério Público Federal, em parecer elaborado pela subprocuradora-geral da República, Dra. Deborah Duprah, e aprovado pelo procurador-geral da República, Dr. Antonio Gurgel dos Santos, opina pelo indeferimento da medida liminar.

Admitido o Município de São Paulo como *amicus curiae*.

Determinado o processamento e julgamento da ADI 4.413-MC em conjunto com a ADI 4.389-MC, nos termos da orientação firmada na ADI .

Trago o exame da medida liminar à Corte.

É o relatório.

03/02/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.389
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR): Senhor Presidente, o tema abordado nestas ações diretas remete a três questões constitucionais de grande repercussão na quadra temporal desta Corte e da Nação. Refiro-me à garantia tributária do **pacto federativo**, à obsolescência do modelo civilístico de tributação e à **segurança jurídica** que deve reger as expectativas dos contribuintes.

De fato, o Supremo Tribunal Federal tem sido constantemente provocado a manifestar-se sobre a **repartição da competência tributária como salvaguarda imanente à autonomia dos entes federados, a evolução social e técnica** que coloca em cheque a tributação fundada em **conceitos arraigados** de industrialização, comércio e serviços e, por fim, sobre o perigoso entrave causado pela incerteza excêntrica ao desenvolvimento econômico e pessoal.

Ao invés de adotar modelo harmônico de tributação pelo valor agregado, o sistema tributário atribuiu distintamente a cada ente federado competência para cobrar impostos com base nos aspectos **industrial** (União), **comercial** (estados e Distrito Federal) e de **prestação de serviços** (municípios e Distrito Federal) da atividade econômica. Trata-se de concepção fortemente arraigada nas noções mercantilistas e industriais que dividem a atividade econômica em setores primário, secundário, terciário e quaternário.

Esse modelo dá margem a diversos conflitos por sobreposição de âmbitos de incidência. Para manter a coesão entre os entes federados e dar alguma certeza ao contribuinte, a Constituição estabelece que os conflitos de competência sejam resolvidos por lei complementar de normas gerais, a cargo da União (art. 146). Lembro que tanto os estados como a população dos municípios fazem-se representar na formação da

ADI 4.389 MC / DF

vontade política da Nação e que, portanto, a lei complementar de normas gerais goza de legitimidade social, além de jurídica.

Ao interpretar a legislação de regência à luz dos conceitos constitucionais de *prestação de serviços* e de *circulação de mercadorias*, esta Corte definiu que serviços gráficos feitos por encomenda e segundo especificações singulares se submeteriam ao ISS municipal¹. Por outro lado, serviços gráficos dos quais resultassem produtos colocados indistintamente no comércio, dotados de características e qualidade quase uniformes, sofreriam a incidência do ICMS estadual.

Como se percebe, a solução seguiu as mesmas razões de ser aplicadas aos programas de computador, divididos em logiciários de prateleira (*off the shelf software*) e logiciários personalizados (*customised software*)².

Penso que os mesmos fundamentos que animaram os precedentes apontados são aplicáveis ao caso, mas com a devida ponderação. Nesta etapa histórica, os conceitos civilistas de serviços e de mercadorias servem de ponto de partida, mas não são suficientes. O fato gerador deve ser interpretado de acordo com a expressão econômica da base de cálculo e com o contexto da cadeia produtiva.

Aires F. Barreto³ conceitua prestação de serviço como o esforço humano concretamente desenvolvido em benefício de outrem, com habitualidade, utilidade produtiva e finalidade lucrativa e sem subordinação funcional ou trabalhista. A jurisprudência desta Corte segue linha semelhante, ao entender não incidir o ISS sobre a locação de bens móveis⁴, sobre a atividade realizada em benefício próprio (“autoserviço”), ao passo em que a exação é cobrada no arrendamento

1 Cf., e.g., o RE 94.939, rel. min. Clóvis Ramallete, Primeira Turma, DJ de 02.04.1982; o RE 102.599, rel. min. Moreira Alves, Segunda Turma, DJ de 16.11.1984; e o RE 111.566, rel. min. Rafael Mayer, Primeira Turma, DJ de 12.12.1986.

2 Cf., e.g., o RE 176.626, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 11.12.1998.

3 Professor do curso de pós-graduação da PUC/SP e ex-diretor do Departamento de Rendas Mobiliárias da Secretaria de Finanças da Prefeitura de São Paulo. ISS na Constituição e na Lei. 2ª ed., rev. e at. São Paulo: Dialética, 2005.

4 Súmula Vinculante 31.

ADI 4.389 MC / DF

mercantil (*leasing*).

Contudo, conforme transparece nos julgados, a distinção entre a prestação de serviços e as operações de circulação de mercadorias é sutil. No RE 100.563⁵, a Primeira Turma entendeu que o fornecimento de bebidas e alimentação por bares e restaurantes envolvia concomitantemente a venda de mercadorias (os alimentos preparados) e a prestação de serviços (utilização de mesa, toalha, guardanapo, gelo, trabalho de garçons, porteiro, cozinheiro etc). A indivisibilidade da amálgama serviços-mercadoria não impedia, naquele caso, a diferenciação entre as expressões econômicas de ambas as atividades, devendo a lei estadual “*distinguir o preço dos serviços do preço das mercadorias*” como condição necessária à cobrança do imposto.

Ademais, a distinção tributária entre operações de circulação de mercadorias e prestação de serviços não pode sequer ser obtida a partir de fatos naturais. Basta lembrar o **fornecimento de água encanada**: trata-se de mineral perfeitamente tangível, de expressão econômica, mas cuja lavra, beneficiamento e distribuição são costumeiramente classificados como **prestação de serviços**⁶.

Como observei em voto-vista proferido nos autos do RE 547.247, a evolução social, técnica e científica tende a tornar obsoletos conceitos há muito tidos como absolutos. Essas mudanças colocam desafios ao legislador e ao Judiciário, na medida em que exigem novos paradigmas para calibrar a carga tributária de acordo com a expressão econômica das

5 ICM. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO, BEBIDAS E OUTRAS MERCADORIAS SIMILARES EM RESTAURANTES E BARES, CONSORCIADO COM A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, TAIS COMO A UTILIZAÇÃO DE MESAS, COPOS, LOUCAS, TALHERES, TRABALHO DE GARÇONS, COZINHEIRO ETC. INEXISTÊNCIA DE LEI ESTADUAL FIXANDO A BASE DE CALCULO DO ICM, DISTINGUINDO ENTRE O FORNECIMENTO DE MERCADORIAS E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO A SOCIEDADE COMERCIAL PROPRIETARIA DO RESTAURANTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (RE 100.563, rel. min. Soarez Munoz, Primeira Turma, DJ de 13.03.1884).

6 Cf., e.g., a ADI 567-MC, rel. min. Ilmar Galvão, DJ de 04.10.1991) e o RE 552.948-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 06.08.2010).

ADI 4.389 MC / DF

atividades, sem serem dissipadas ou exasperadas por puros formalismos⁷.

Para o aparente conflito entre o ISS e o ICMS nos serviços gráficos, nenhuma qualidade intrínseca da produção de embalagens resolverá o impasse. A solução está no papel que essa atividade tem no ciclo produtivo.

Conforme se depreende dos autos, as embalagens têm função técnica na industrialização, ao permitirem a conservação das propriedades físico-químicas dos produtos, bem como o transporte, o manuseio e o armazenamento dos produtos. Por força da legislação, tais embalagens podem ainda exibir informações relevantes aos consumidores e a quaisquer pessoas que com ela terão contato. Trata-se de típico insumo.

Neste momento de juízo inicial, tenho como densamente plausível a caracterização desse tipo de atividade como circulação de mercadorias (“venda”), ainda que fabricadas as embalagens de acordo com especificações do cliente, e não como a contratação de serviço.

Aliás, a ênfase na encomenda da industrialização parece-me insuficiente para contrariar a tese oposta. Diante da sempre crescente complexidade técnica das atividades econômicas e da legislação regulatória, não é razoável esperar que todos os tipos de invólucro sejam produzidos de antemão e postos, indistintamente, à disposição das partes interessadas para eventual aquisição. Nem é adequado pretender que as atividades econômicas passem a ser verticalizadas, de modo a levar os agentes de mercado a absorver todas as etapas do ciclo produtivo.

Assim, não há como equiparar a produção gráfica personalizada e encomendada para uso pontual, pessoal ou empresarial, e a produção personalizada e encomendada para fazer parte de complexo processo produtivo destinado a por bens em comércio.

Por fim, há detalhe final que merece ser exposto. A alíquota média do ICMS é de 18%, muito superior à alíquota máxima do ISS, de 5%. A

7 Questão que pode ser vista no RE 547.247 - EDcl, julgamento pendente, em que se discute a necessidade de lei complementar de normas gerais para identificar qual é a base de cálculo de tributo cujo fato gerador é composto ao mesmo tempo por serviços, atividade financeira e compra-e-venda.

ADI 4.389 MC / DF

pretensão dos contribuintes tem amparo econômico e se alinha com a harmonia entre carga e benefício econômico que deve orientar a tributação. Se o ICMS incidir, o valor cobrado poderá ser usado para calibrar o tributo devido na operação subsequente, nos termos da regra constitucional da não-cumulatividade. Em sentido contrário, ainda que nominalmente inferior, a incidência do ISS agrega-se ao custo da produção e da venda subsequentes, onerando-as sem a possibilidade de compensação. Não se trata de simplesmente de pagar menos, mas de recolher o que efetivamente devido e a quem é o sujeito ativo previsto constitucionalmente.

Ante o exposto, concedo a medida liminar pleiteada, para dar interpretação conforme a Constituição ao 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.

A medida liminar ora concedida perdurará até o julgamento final destas ações diretas de inconstitucionalidade e se aplicará tão-somente aos fatos geradores ocorridos após esta sessão (*ex nunc*).

É como voto.

03/02/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.389
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. JOAQUIM BARBOSA
REQTE.(S)	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE EMBALAGEM - ABRE
ADV.(A/S)	: LUIZ ALBERTO BETTIOL E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE SAO PAULO
ADV.(A/S)	: HOLDON JOSÉ JUAÇABA
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF
ADV.(A/S)	: RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS
ADV.(A/S)	: PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA E OUTRO(A/S)

V I S T A

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Senhor Presidente, eu tenho em minha relatoria uma matéria semelhante que está em fase final de redação. Se os Colegas não objetarem, peço vista.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.389

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

REQTE.(S) : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE EMBALAGEM - ABRE

ADV.(A/S) : LUIZ ALBERTO BETTIOL E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S) : MUNICIPIO DE SAO PAULO

ADV.(A/S) : HOLDON JOSÉ JUAÇABA

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS
DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF

ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA

INTDO.(A/S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS

ADV.(A/S) : PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA E

OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, admitiu o Estado de São Paulo como *amicus curiae*. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator), concedendo a liminar, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Ausente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Falaram, pela requerente Associação Brasileira de Embalagem-ABRE (ADI 4389), o Dr. Luiz Carlos Andrezani; pela requerente Confederação Nacional da Indústria-CNI (ADI 4413), o Dr. Humberto Ávila; pelo *amicus curiae* Estado de São Paulo (ADI 4389 e 4413), o Dr. Marcos Ribeiro de Barros, Procurador do Estado; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras-ABRASF (ADI 4389), o Dr. Ricardo Almeida Ribeiro da Silva e, pelo *amicus curiae* Município de São Paulo (ADI 4389), a Dra. Simone Andrea Barcelos Coutinho. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 03.02.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

13/04/2011

PLENÁRIO

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.389
DISTRITO FEDERAL

VOTO VISTA

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Discute-se se a produção de embalagens está sujeita ao pagamento de ISS ou de ICMS. Os Municípios entendem que tal atividade se enquadraria no subitem 13.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003, razão pela qual exigem o ISS. Os contribuintes (representados por entidade nacional) e os Estados (há manifestação do Colégio de Procuradores) entendem que predomina a circulação de mercadoria, porquanto o trabalho gráfico constitui simples etapa do processo produtivo.

2. A questão, como visto, envolve conflito de competências tributárias. A Constituição procurou evitar tais conflitos, ao menos no plano lógico, ao optar pela outorga rígida de competências tributárias, fazendo com que as bases econômicas sobre as quais recairiam os impostos fossem atribuídas de modo privativo a cada ente. Ademais, estabeleceu alguns critérios e especificou a via legislativa para prevenir possíveis conflitos.

No que diz respeito ao ICMS e ao ISS, fez com que fossem excludentes um do outro: ou a situação enseja a instituição de ICMS ou de ISS, jamais dos dois simultaneamente.

No art. 155, II, colocou as operações relativas à circulação de mercadorias e a prestação de alguns poucos serviços (transporte interestadual e intermunicipal e comunicações) na competência dos Estados, a título de ICMS. No art. 156, III, colocou os demais serviços de qualquer natureza, definidos em lei complementar, na competência dos Municípios.

ADI 4.389 MC / DF

Assim, a circulação de mercadorias ficou com os Estados.

A prestação de serviços ficou dividida entre os Estados (quando de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação) e os Municípios (os demais, listados em lei complementar).

O art. 155, § 2º, IX, *b*, da Constituição ainda cuida das chamadas operações mistas. Diz que o ICMS incidirá também sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios.

3. A regulamentação da matéria dá-se por leis complementares, dada a reserva constante dos arts. 155, § 2º, XII, 156, III, e 146, II, da Constituição.

A LC 87/96, que dispõe sobre o ICMS, determina, em seu artigo 2º, IV, que o imposto incida sobre o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios.

A LC 116/03, que dispõe sobre o imposto sobre serviços de qualquer natureza, estabelece, em seu art. 1º, que tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da sua lista anexa e, no § 2º, esclarece que os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

4. Há, pois, todo um conjunto normativo cuidando da competência para a tributação das operações de circulação de mercadorias, das prestações de serviços e das operações mistas.

O Ministro Teori Albino Zavascki, do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão que relatou, bem sintetizou a questão:

“DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

ADI 4.389 MC / DF

ENTRE ESTADOS E MUNICÍPIOS. ICMS E ISSQN. CRITÉRIOS... 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.” (STJ, Primeira Seção, REsp 1092206/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, mar/2009).

5. Ainda que a lógica do sistema seja relativamente clara e de fácil compreensão, a aplicação dos critérios referidos só levará a uma solução em conformidade com a Constituição quando estiverem devidamente extremadas as operações mistas daquelas em que a prestação de serviços seja apenas uma das etapas do processo produtivo, sem predominância ou equivalência que justifique atrair a incidência do ISS em detrimento da incidência dos demais impostos passíveis de incidir na espécie.

É preciso, efetivamente, buscar na própria Constituição mais elementos para a identificação da extensão da competência tributária de cada ente político, identificando o que pode ou não ser considerado como uma operação mista para fins de aplicação do art. 1º, § 2º, da LC 116/03, sem ofensa, contudo, ao art. 156, III, da Constituição.

6. Assume relevância uma análise mais detida da norma constitucional que atribui competência aos Municípios para instituir imposto sobre a prestação de serviços, insculpida no art. 156, III, da CF.

ADI 4.389 MC / DF

Conforme a lição de Aires Barreto, em sua obra *ISS na Constituição e na Lei* (Dialética, 3ª ed., 2009, p. 64), o serviço, para os fins do art. 156, III, da Constituição, “é o esforço de pessoas desenvolvido em favor de outrem, com conteúdo econômico, sob regime de direito privado, em caráter comercial, tendente a produzir uma utilidade material ou imaterial”. E mais, na p. 109: “... alvo de tributação pelo ISS é ao serviço-fim, isto é, o esforço humano prestado a terceiros como fim ou objeto. Não as suas etapas, passos ou tarefas intermediárias promovidas, realizadas ‘para’ o próprio prestador e não ‘para terceiros’, ainda que este os aproveitem (já que, aproveitando-se do resultado final, beneficiam-se das condições que o tornaram possível)”.

Sendo objeto do contrato a prestação de serviços como atividade-fim e estando o serviço arrolado na lista anexa à LC 116, incidirá ISS sobre o total da operação, ainda que a prestação de serviços envolva o emprego ou fornecimento de mercadorias necessárias à prestação dos serviços. Essas as operações mistas capazes de atrair incidência do ISS sobre o valor total da operação, afastando a do ICMS.

Quando o objeto do contrato não for um fazer, mas um dar, não caberá a incidência do ISS, ainda que, como costuma acontecer, haja trabalho humano envolvido na atividade industrial e na comercial destinada a colocar o bem pretendido à disposição do comprador e ainda que o bem tenha sido encomendado ao vendedor.

Não sendo objeto do contrato a prestação de serviços, não se estará em face sequer de uma operação mista, de modo que não haverá espaço para a incidência do ISS.

7. A operação mista pressupõe duplo objeto comercial, visando a prestações diversas embora conexas e complementares uma da outra, envolvendo tanto a prestação de serviços como a circulação de mercadorias. Alcança, portanto, o contrato que tenha por objeto um dar e

ADI 4.389 MC / DF

um fazer, mas não aquele em que alguém se compromete a fazer para dar, em que o fazer constitui apenas meio para a produção e colocação do bem à disposição do comprador.

Quando ainda vigente o art. 71 do CTN, seu § 2º conceituava as operações mistas como sendo aquelas em que houvesse prestação de serviços “acompanhados do fornecimento de mercadorias” e estabelecia critérios para a tributação proporcional. Embora tal sistemática tenha sido superada, pois atualmente incide ou o ISS ou o ICMS sobre o todo, não perde a utilidade a conceituação da operação de caráter misto então utilizada.

8. No caso dos autos, o objeto principal do contrato é a produção e a entrega de embalagens. Este o fim colimado. Por certo que as embalagens devem ter tais ou quais características e que sua produção seja feita sob encomenda, para acondicionamento dos produtos do contratante, contendo a impressão da marca e demais informações necessárias ou úteis. Mas o objetivo final é a produção e a circulação das embalagens como um todo, em grande número, para utilização pela contratante em seu próprio processo produtivo.

Podemos ter uma embalagem sem qualquer impressão e não deixará de ser uma embalagem, capaz de acondicionar mercadorias, protegendo-as e facilitando seu transporte. Mas a impressão em um material incapaz de acondicionar uma mercadoria não é uma embalagem.

A atividade de impressão de marca e informações na embalagem não constitui senão uma das etapas do processo produtivo e sequer pode ser considerada como das mais importantes. De nada adianta à indústria compradora das embalagens que delas constem as inscrições necessárias, se forem entregues em dimensões inadequadas ao produto que nelas será acondicionado, se o material não for apropriado à sua proteção ou conservação, se não tiver a resistência necessária para o

ADI 4.389 MC / DF

empilhamento e transporte pretendidos.

Aliás, conforme bem destacado no parecer de Marco Aurélio Greco: “O cerne da contratação não é o ‘imprimir papel (ou plástico) em branco com certos dizeres’, mas fornecer embalagens de papel (ou plástico) com certas características de tamanho, forma, resistência, qualidades físico químicas etc. e nas quais estejam impressos certos dizeres, desenhos etc.”.

Conclui-se, pois, que a compra de embalagens, ainda que mediante encomenda, não constitui sequer operação mista, não se sujeitando à incidência do ISS.

9. Cabe destacar, ainda, que a incidência de ICMS na venda de embalagens preserva o mecanismo da não-cumulatividade, permitindo que flua o sistema de créditos e débitos respectivos.

Conforme bem esclarecido por Marco Aurélio Greco no já referido parecer, a fabricação das embalagens é *“evento que se encontra no meio do ciclo de fabricação do produto final a ser colocado no mercado”*, sendo que a sua caracterização como simples prestação de serviços gráficos, além de equivocada, implicaria o estorno dos créditos anteriormente apropriados pelas indústrias gráficas e impediria o creditamento pelas empresas adquirentes. Ademais, geraria *“uma distorção na não-cumulatividade do ICMS; a rigor, frustra o objetivo constitucional desse mecanismo (diluir a exigência do ICMS por todo o ciclo econômico de circulação de mercadorias), pois introduz um imposto cumulativo (ISS) no ciclo econômico de mercadorias sujeitas a um imposto não-cumulativo (ICMS). Rompe-se a seqüência da não-cumulatividade e oneram-se os custos de ambos (fabricantes e adquirentes de embalagens)”*.

Também merece consideração que os Municípios, embora não possam cobrar ISS sobre a operação, pois fora da base econômica

ADI 4.389 MC / DF

passível de ser tributada, participam do produto da arrecadação do ICMS por determinação do art. 158, IV e parágrafo único, I, da Constituição, que diz que lhes pertencem 25%, dos quais três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios”.

10. Ante todo o exposto, configurada a presença da fumaça do bom direito e do perigo na demora, **defiro** o pedido de medida cautelar formulado para, sem redução de texto, suspender a invocação e, por conseguinte, a incidência do subitem 13.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003 especificamente quanto à fabricação e fornecimento de embalagens.

É como voto.

13/04/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.389
DISTRITO FEDERAL**

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Pois é, vou fazer o seguinte: indicar adiamento da segunda porque Vossa Excelência está concordando com meu voto na primeira. Como fiz uma análise única para as duas ações, indico adiamento na segunda, e continuamos a análise só da primeira.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Na primeira, exato. Muito bem.

13/04/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.389
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, só para eu poder entender porque no Superior Tribunal de Justiça nós julgamos sob o regime do recurso repetitivo essa questão. Há, inclusive, uma súmula de que a prestação de serviços de composição gráfica personalizadas sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS. Então, lá, há uma súmula. Quer dizer, basicamente, o que se entende num sentido mais coloquial? Que essa embalagem encomendada para fim de circulação de mercadoria, na verdade, vamos dizer assim, **mutatis mutandis**, representa um verdadeiro insumo porque a atividade fim vai ser a circulação da mercadoria. Então, nessa hipótese incidiria o ICMS. Agora, por exemplo, se a parte encomenda um serviço gráfico, como por exemplo, um manual, um cartão de identificação, aí a atividade fim é exatamente o serviço que se vai prestar. Em um, cabe uma preponderância do **facere**, no outro há uma preponderância da obrigação de dar.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Então, nós coincidimos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Quer dizer, nesse caso específico - porque, também, fiz um estudo geral -, nessa primeira ação cautelar que o Ministro Joaquim Barbosa deferiu a liminar para entender que incidia o ICMS ...

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Estamos cuidando só das embalagens.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É das embalagens. Eu só

ADI 4.389 MC / DF

queria trazer mais um argumento de reforço dessa tese capitaneada pelo Ministro Joaquim Barbosa que é muito interessante pelo seguinte - quer dizer, primeiro temos que tomar um pouco de cuidado porque isso vem vigorando desde 2003, então temos que fazer uma modulação porque os municípios estão contando com isso desde 2003 -, mas eu estava concluindo, quer dizer, até em termos de justiça tributária a incidência do ICMS é mais proveitosa porque o ICMS permite o creditamento em função do princípio da não cumulatividade, ao passo que o ISS ficaria, apenas, para os municípios. Então, a solução é justa sob o ângulo tributário nessa primeira ação.

Então, quer dizer, cingindo-me a essa primeira ação, vou acompanhar o Ministro Joaquim Barbosa.

13/04/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.389
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Estou acompanhando, integralmente, o Relator, entendendo também que deve prevalecer a interpretação do conjunto normativo composto pelo artigo 1º, *caput*, 2º da Lei Complementar 116/2003, combinado com o subitem 1.305 da lista a ela anexa, no sentido de que incide ICMS sobre atividade econômica de fabricação e circulação de embalagens destinadas ao ciclo produtivo. Tal como esclareceu, agora, o Ministro Luiz Fux. Aqueles demais serviços que são prestados sob encomenda estariam fora desta orientação, e neste sentido defiro também a cautelar, inclusive com base no argumento que o próprio Ministro Joaquim Barbosa levantou por ocasião do julgamento da cautelar. É que os municípios, em tese, não sofrerão nenhum prejuízo porque eles têm uma participação de vinte e cinco por cento na arrecadação do ICMS. Portanto, já estão aquinhoados - digamos assim - com parte deste imposto.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Há um condomínio financeiro entre Estados e Municípios.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Há um condomínio dentro do federalismo cooperativo ao qual Vossa Excelência fez alusão numa sessão passada recente.

Com o Relator.

13/04/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.389
DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, estamos apreciando apenas o pedido de concessão de cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.389. Cinjo-me ao pleito.

O que se pretendeu?

Leio:

(...) o deferimento da liminar (...), para o fim de determinar que, até o final do julgamento da lide, prevaleça a interpretação do conjunto normativo composto pelo art. 1º, caput, e § 2º, da LC 116/2003 c./c o subitem 13.05 da lista a ela anexa, no sentido de que incida o ICMS sobre atividade econômica de fabricação e circulação de embalagens, para que, em consequência, as associadas da autora não fiquem sujeitas à dupla exigência tributária estadual e municipal.

Então, o que se pretende é que se defira liminar para ocorrer apenas a incidência do tributo da competência do Estado, que é o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - É. Foi isso. Foi nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Acompanho o relator nesse sentido e aguardo para votar posteriormente na outra ação direta de inconstitucionalidade – a da Confederação.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Perfeito.

13/04/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.389
DISTRITO FEDERAL**

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) -
Perfeito. Então, satisfaz a exigência, a preocupação do
Ministro Luiz Fux quanto à modulação. Como vota Sua
Excelência?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

#

13/04/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.389
DISTRITO FEDERAL**

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

1. Esta ação direta foi proposta contra o art. 1º, caput e § 2º, da Lei Complementar n. 116/2003 e o subitem 13.05 da lista de serviços anexa à lei, cujos termos são os seguintes:

“Art. 1º. O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

(...)

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.”

Lista Anexa

“13 – Serviços relativos a fonografia, fotografia, cinematografia e reprografia.

(...)

13.05 – Composição gráfica, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia, fotolitografia.”

A Requerente alega que, com base nesses dispositivos, alguns municípios estão cobrando Imposto Sobre Serviços na composição gráfica de embalagens que serão utilizadas no processo de industrialização de outra mercadoria.

ADI 4.389 MC / DF

Argumenta a Requerente que a composição gráfica é mera etapa da produção de embalagens industriais, ou seja, não se trata de uma prestação de serviços isoladamente considerado, mas a venda de uma mercadoria (embalagem), às vezes em larga escala e em decorrência de exigência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa e o Instituto Nacional de Metrologia, de Normalização e Certificação de Qualidade – Inmetro.

2. Depois de invocar os julgamentos proferidos nos Recursos Extraordinários n. 94.939 e 176.626, o Ministro Joaquim Barbosa ponderou que:

“Conforme se depreende dos autos, as embalagens têm função técnica na industrialização, ao permitirem a conservação das propriedades físicoquímicas dos produtos, bem como o transporte, o manuseio e o armazenamento dos produtos. Por força da legislação, tais embalagens podem ainda exibir informações relevantes aos consumidores e a quaisquer pessoas que com ela terão contato. Trata-se de típico insumo.

Neste momento de juízo inicial, tenho como densamente plausível a caracterização desse tipo de atividade como circulação de mercadorias ('venda'), ainda que fabricadas as embalagens de acordo com especificações do cliente, e não como a contratação de serviço.

Aliás, a ênfase na encomenda da industrialização parece-me insuficiente para contrariar a tese oposta. Diante da sempre crescente complexidade técnica das atividades econômicas e da legislação regulatória, não é razoável esperar que todos os tipos de invólucro sejam produzidos de antemão e postos, indistintamente, à disposição das partes interessadas para eventual aquisição. Nem é adequado pretender que as atividades econômicas passem a ser verticalizadas, de modo a levar os agentes de mercado a absorver todas as etapas do ciclo produtivo.

Assim, não há como equiparar a produção gráfica personalizada e encomendada para uso pontual, pessoal ou empresarial, e a produção

ADI 4.389 MC / DF

personalizada e encomendada para fazer parte de complexo processo produtivo destinado a por bens em comércio.”

Ao final, o Relator votou pelo deferimento da medida cautelar para *“dar interpretação conforme a Constituição ao 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”*.

3. Ao proferir seu voto no Recurso Extraordinário n. 94.939, Primeira Turma, DJ 24.1982, o Relator, Ministro Clovis Ramalhete, afastou a incidência do ICM sobre os impressos gráficos nos casos em que o serviço de impressão gráfica é o objeto principal da relação mercantil, desconsiderando o meio no qual o serviço de impressão é realizado (por exemplo, o papel):

“Na operação relativa a impressos gráficos, transação concluída entre o prestador do serviço e o consumidor do seu produto, não ocorre hipótese de incidência fiscal do ICM, mas a do ISS, porque o objeto do negócio reside no bem incorpóreo, agregado à matéria que o suporta. Quem adquire bloco de nota fiscal, não compra papel, adquire o impresso nele, a nota fiscal.

O tema vou buscá-lo na doutrina sobre propriedade artística e literária.

Nela, aparta-se o suporte físico da obra, o corpus mechanicum, da criação intelectual manifestada que ele recebe e estabiliza.

A poesia e o papel em que já foi impressa, a pintura e a tela que recebeu as tintas; a música e o papel da partitura são exemplos da presença autônoma do bem imaterial que indispensavelmente assenta sobre um corpo físico. Mas a presença do suporte corpóreo, por ser indispensável, não é considerado para certos efeitos jurídicos.

No caso da propriedade imaterial, pela aquisição do suporte físico da obra, o adquirente investe-se no direito seu uso sem fins

ADI 4.389 MC / DF

econômicos. Esse o tratamento civil do suporte físico da obra artística ou literária.

No caso ainda da propriedade imateral de impressos gráficos, pela aquisição do suporte físico da obra, o adquirente investe-se no direito de seu uso, mas o produtor gráfico, ao transacionar com ela, pelo fato de criar bem incorpóreo com sua atividade, no seu negócio exclui-se, não se considera, o suporte físico da obra, o papel, que sai do seu domínio, e assim não se constitui hipótese de incidência de ICM. A lei assim o exprime.”

No mesmo sentido, ou seja, pelo afastamento do ICMS sobre bens incorpóreos que utilizam uma “mercadoria” apenas como meio, o julgamento proferido no Recurso Extraordinário 176.626, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 11.12.1998, segundo o qual:

“III. Programa de computador (‘software’): tratamento tributário: distinção necessária.

Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de ‘licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador’ – matéria exclusiva da lide -, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo – como a do chamado ‘software de prateleira’ (off the shelf) – os quais, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio.”

4. Esse mesmo raciocínio deve ser aplicado no caso.

A embalagem utilizada no processo de industrialização de outra mercadoria tem sua importância avaliada mais pela capacidade de acondicionar adequadamente o produto final do que pelo trabalho

ADI 4.389 MC / DF

gráfico. A Indústria contrata o serviço gráfico (ou realiza ela mesmo esse serviço) não como um fim em si mesmo, mas apenas como mais um elemento que integrará o seu produto final.

Para a composição gráfica prevista no subitem 13.05 da lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003 servir como fato gerador do Imposto sobre Serviços é preciso que o serviço seja prestado tendo como objeto a arte presente no trabalho gráfico.

Não é possível desconsiderar totalmente a arte estampada na embalagem, dada a importância publicitária nela presente, todavia esse trabalho artístico constituiu fato gerador de Imposto sobre Serviços no momento em que a Indústria contratou uma prestadora de serviço para desenvolver a estampa, quando então o mais importante na operação era o bem incorpóreo.

Na composição gráfica da arte feita de forma mecânica e industrializada na embalagem já não tem mais tanta relevância o serviço artístico, mas a adequação da embalagem ao produto que resultará da cadeia industrial, ou seja, mero insumo.

5. Pelo exposto, acompanho o Ministro Relator para atribuir interpretação conforme ao art. 1º, caput e § 2º, da Lei Complementar n. 116/2003 e o subitem 13.05 da lista de serviços anexa à lei, de modo a afastar da incidência do Imposto sobre Serviços a composição gráfica feita em embalagens exclusivamente destinadas ao processo de industrialização de outra mercadoria.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.389

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

REQTE.(S) : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE EMBALAGEM - ABRE

ADV.(A/S) : LUIZ ALBERTO BETTIOL E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

AM. CURIAE. : MUNICIPIO DE SAO PAULO

ADV.(A/S) : HOLDON JOSÉ JUAÇABA

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS
DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF

ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS

ADV.(A/S) : PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA E

OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, admitiu o Estado de São Paulo como *amicus curiae*. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator), concedendo a liminar, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Ausente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Falaram, pela requerente Associação Brasileira de Embalagem-ABRE (ADI 4389), o Dr. Luiz Carlos Andrezani; pela requerente Confederação Nacional da Indústria-CNI (ADI 4413), o Dr. Humberto Ávila; pelo *amicus curiae* Estado de São Paulo (ADI 4389 e 4413), o Dr. Marcos Ribeiro de Barros, Procurador do Estado; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras-ABRASF (ADI 4389), o Dr. Ricardo Almeida Ribeiro da Silva e, pelo *amicus curiae* Município de São Paulo (ADI 4389), a Dra. Simone Andrea Barcelos Coutinho. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 03.02.2011.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por unanimidade, deferiu a medida cautelar, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes o Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), em participação no Seminário "Jornadas Jurídicas Portugal-Brasil-Alemanha: Direito Privado e Direito Constitucional", em Lisboa, Portugal; o Senhor Ministro Gilmar Mendes, representando o Tribunal na inauguração do Centro de Investigação de Direito Constitucional Peter Häberle, da Universidade de Granada, em Granada, Espanha; e justificadamente o Senhor Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). Plenário, 13.04.2011.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Luiz Fux.

Vice-Procuradora-Geral da República, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Luiz Tomimatsu
Secretário