



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Número do 1.0079.12.065727-9/003 Numeração 0657279-
Relator: Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes
Relator do Acórdão: Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes
Data do Julgamento: 30/10/2014
Data da Publicação: 06/11/2014

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - BENEFICIAMENTO DE PRODUTOS DE PROPRIEDADE DO TOMADOR DE SERVIÇO - INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA - SERVIÇO CONSTANTE DA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 116/2003 - INCIDÊNCIA DE ISSQN E NÃO DE ICMS.

- A redação do item 14.5 da Lista Anexa da LC 116/03 não restringe à incidência do ISSQN a objetos não destinados à industrialização ou comercialização como ocorria com o item 72 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406, de 1968. Conclui-se que todos os serviços descritos no item 14.05 da referida lista, ainda que realizados como etapa da industrialização ou para comercialização, sujeitam-se à incidência do ISSQN.

- A Lei Complementar n. 116/2003, no item 14 da Lista de Serviços, que faz referência aos "serviços relativos a bens de terceiros", prevê a incidência do ISSQN quando há prestação de serviços de beneficiamento, que nada mais é do que o processo de modificação, aperfeiçoamento ou alteração de funcionamento de um produto já existente.

- De acordo com os documentos acostados ao caderno processual, tem-se que as empresas enviaram seus próprios produtos para que a empresa, ora executada, realizasse o beneficiamento. Não houve fornecimento de mercadoria, não houve alteração de titularidade, tratando-se de beneficiamento de produtos já existentes e pertencentes à empresa tomadora do serviço.

- A empresa que procede ao beneficiamento de produto de



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

propriedade de terceiro, encerra sua atividade com a devolução, ao encomendante, do produto beneficiado. Nas operações de remessa de bens ou mercadorias para "industrialização por encomenda", a suspensão do recolhimento do ICMS, registrada nas notas fiscais das tomadoras do serviço, decorre do posterior retorno dos bens ou mercadorias ao estabelecimento das empresas encomendantes, que darão destinação aos produtos ou à nova etapa de industrialização. Portanto, a "industrialização por encomenda", elencada na Lista de Serviços da Lei Complementar 116/2003, caracteriza prestação de serviço (obrigação de fazer), fato jurídico tributável pelo ISSQN, não se enquadrando, deste modo, nas hipóteses de incidência do ICMS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.12.065727-9/003 - COMARCA DE CONTAGEM - APELANTE(S): USINAGEM CARVALHO & FILHOS LTDA - APELADO(A)(S): MUNICÍPIO DE CONTAGEM

A C Ó R D Ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES

RELATOR.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES (RELATOR)

V O T O

Trata-se de apelação cível interposta por Usinagem Carvalho & Filhos Ltda. contra a sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública Municipal da Comarca de Contagem, que, julgou improcedente os pedidos constantes dos Embargos à Execução Fiscal.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Alega que as provas documentais (notas fiscais) contidas nos autos da Ação Anulatória de Débitos Fiscais nº. 0616444-33.2010.8.13.0079 que deu origem a Notificação Fiscal Série "B", nº. 18925 e conseqüentemente ao PTA, demonstram que as operações de fabricação por encomenda e que os serviços de usinagem prestados pela Apelante enquadram-se no conceito de industrialização previsto no art. 46 do CTN; que o produto industrializado é mercadoria, um bem corpóreo objeto de revenda, sujeito à incidência do ICMS; que o ISSQN incidiria em caso de produção personalizada encomendada para uso pontual, pessoal ou empresarial, contudo, a produção personalizada encomendada para fazer parte do complexo produtivo, destinado a colocar bens em comércio, não pode ficar sujeito ao ISSQN, mas sim ao ICMS.

Diz que o STF entendeu que quando um estabelecimento encomendante contrata a industrialização de um determinado produto por outro estabelecimento industrializador, incidirá o ICMS se o produto resultante da industrialização sob encomenda for utilizado como insumo ou comercializado pelo encomendante.

Expõe suas razões, pugnando pelo provimento do recurso, para que sejam julgados procedentes os embargos à execução fiscal.

Contraminuta à f. 245/252.

Preparo à f. 102.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

A controvérsia cinge-se em se saber se os serviços prestados pela recorrente estão sujeitos à incidência de ISSQN ou ICMS.

Sobre os impostos em destaque pode-se depreender o seguinte da Constituição Federal:



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

IX - incidirá também:

(...)

b) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

(...)

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar."

Entendo que para se solucionar conflitos de competência dos impostos em exame deve ser avaliada a ocorrência de um das duas hipóteses: 1 - a prestação de serviços especificados na lista anexa da Lei Complementar 116/2003 (ISSQN) com fornecimento de mercadoria fica sujeita apenas ao recolhimento de ISSQN, e; 2 - O fornecimento de mercadoria com prestação de serviço não



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

especificado na referida lista fica sujeito à incidência apenas de ICMS.

A redação do item 14.5 da Lista Anexa da LC 116/03 não restringe à incidência do ISSQN a objetos não destinados à industrialização ou comercialização como ocorria com o item 72 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406, de 1968. Assim, pode-se dizer que todos os serviços descritos no item 14.05 da referida lista, ainda que realizados como etapa da industrialização ou para comercialização, sujeitam-se à incidência do ISSQN.

A Lei Complementar 116/2003 estabelece a hipótese de incidência do tributo, qual seja, prestação de serviços enumerados em sua lista anexa, in verbis:

"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 estes não se constituam como atividade preponderante do prestador."

A Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, estabelece:

"Item 14.5. "Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, de objetos quaisquer."

Como se vê, a Lei Complementar n. 116/2003, no item 14 (subitens 14.1 a 14.13) da Lista de Serviços, que faz referência aos "serviços relativos a bens de terceiros", prevê a incidência do ISSQN quando há prestação de serviços de beneficiamento, que nada mais é do que o processo de modificação, aperfeiçoamento ou alteração de funcionamento de um produto já existente. O produto do beneficiamento continua com a mesma classificação fiscal originária.

Das diversas notas fiscais colacionadas aos autos da Ação Anulatória em apenso, se pode constatar as seguintes informações



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

anotadas pelas tomadoras de serviços: "mercadoria de nossa propriedade enviada para industrialização, devendo retornar no prazo máximo de 30 dias."

Assim, as empresas enviaram seus próprios produtos para que a empresa, ora executada, realizasse o beneficiamento.

Como se percebe, não há fornecimento de mercadoria, não há alteração de titularidade, tratando-se de beneficiamento de produtos já existentes e pertencentes à empresa tomadora do serviço.

Da análise do caderno processual e da Legislação de regência, entendo que sobre os serviços prestados pela empresa embargante deve incidir o ISSQN.

Sobre o tema trago à colação o entendimento deste TJMG:

"APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO ANULATÓRIA. RECURSO TEMPESTIVO. ATIVIDADE DE BENEFICIAMENTO. ITEM 14.05. DA LISTA ANEXA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116, DE 2003. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO CORRETO. RECURSOS NÃO PROVIDOS.

1. Deve ser conhecido o apelo interposto no prazo legal.
2. O art. 1º, da Lei Complementar nº 116, de 2003, e item 14.05 da lista anexa, prevê expressamente a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre serviços de beneficiamento de quaisquer produtos. Portanto, o tributo é devido.
3. Os honorários advocatícios devem ser arbitrados de modo proporcional à complexidade e importância da causa nos termos do § 3º, do art. 20, do CPC. Observados os critérios o valor arbitrado deve ser mantido.
4. Apelações cíveis conhecidas e não providas, mantida a sentença



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

que deixou de acolher a pretensão inicial, rejeitada uma preliminar." (TJMG - Apelação Cível 1.0079.10.014121-1/002, Relator(a): Des.(a) Caetano Levi Lopes , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/08/2011, publicação da súmula em 30/08/2011)

"APELAÇÃO CÍVEL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. REVELIA. ENTE PÚBLICO. ICMS. BENEFICIAMENTO DE PRODUTOS. ISSQN. LEI COMPLEMENTAR. 116/03. COMPETENCIA MUNICIPAL.

Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda que a peça de defesa apresentada pelo ente público tenha sido reputada intempestiva, diante de direitos indisponíveis do ente estatal, os fatos da causa não comportam confissão, tampouco estão sujeitos aos efeitos da revelia.

Nos termos do regulamento do ICMS, não se considera industrialização a atividade que, embora exercida por estabelecimento industrial, esteja conceituada, por lei complementar, como prestação de serviço tributado pelo Município, observadas as ressalvas nela contidas que prevêm a incidência do ICMS.

Os serviços relacionados de forma taxativa na lista anexa à LC nº 116/03 não estão sujeitos à incidência do ICMS, salvo exceções expressas, o que não ocorre na hipótese do serviço de beneficiamento." (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0079.08.444434-2/001, Relator(a): Des.(a) Brandão Teixeira , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/10/2010, publicação da súmula em 24/11/2010)

No mesmo sentido é o posicionamento do egrégio STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRIBUTÁRIO. ISS. BENEFICIAMENTO E POLIMENTO DE PEÇAS DE METAL. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO.

1. A prestação de serviço de beneficiamento e polimento de peças de metal, por encomenda ("industrialização por encomenda"), subsume-



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

se à previsão contida no item 14.05 da Lista Anexa à LC 116/2003, razão pela qual é legítima a incidência do ISS sobre a atividade. Nesse sentido: REsp 888.852/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 01/12/2008; REsp 1.097.249/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 26.11.2009; REsp 959.258/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 27.8.2009; AgRg no Ag 1.362.310/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 6.9.2011.

2. "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado" (Súmula 168/STJ).

3. Agravo regimental não provido." (AgRg nos EAg 1360188/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/06/2014, DJe 17/06/2014)

Assim, em suma, nos termos do citado julgado do egrégio STJ, a "industrialização por encomenda" constitui atividade-fim do prestador do aludido serviço, tendo em vista que, uma vez concluída, extingue o dever jurídico obrigacional que integra a relação jurídica instaurada entre o "prestador" (responsável pelo serviço encomendado) e o "tomador" (encomendante). A empresa que procede ao beneficiamento de produto de propriedade de terceiro, encerra sua atividade com a devolução, ao encomendante, do produto beneficiado.

Em razão disso, o recorrente não conseguiu comprovar a existência da alegada bitributação. Da análise das notas carreadas aos autos da Ação Anulatória, se depreende que em nenhuma delas há o recolhimento de ICMS ou de IPI.

Nas operações de remessa de bens ou mercadorias para "industrialização por encomenda", a suspensão do recolhimento do ICMS, registrada nas notas fiscais das tomadoras do serviço, decorre do posterior retorno dos bens ou mercadorias ao estabelecimento das encomendantes, que darão destinação aos produtos ou à nova etapa de industrialização.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Destarte, a "industrialização por encomenda", elencada na Lista de Serviços da Lei Complementar 116/2003, caracteriza prestação de serviço (obrigação de fazer), fato jurídico tributável pelo ISSQN, não se enquadrando, portanto, nas hipóteses de incidência do ICMS (circulação de mercadoria - obrigação de dar - e prestações de serviço de comunicação e de transporte transmunicipal).

Portanto, tenho que deve ser confirmada a r. sentença.

Com tais considerações, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

Custas pela recorrente.

DESA. HELOISA COMBAT (REVISORA) - De acordo com o(a) Relator(a).

DESA. ANA PAULA CAIXETA - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO."