

Contribuintes precisam atentar para entendimento do STF sobre ICMS e ISS

Muito se questiona acerca da correta incidência dos impostos nas situações em que há fornecimento de mercadorias com prestação de serviços (operações “mistas”): Imposto sobre Serviços (ISS), cobrado pelos municípios, ou o Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), cobrado pelos estados.

O artigo 155, inciso II, da Constituição Federal de 1988, consigna que aos estados e ao Distrito Federal compete instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. O parágrafo 2º, inciso IX, alínea “b”, do mesmo artigo, define que o ICMS incidirá também sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios.

Por sua vez, o artigo 156, inciso III, da Constituição, determina que aos municípios compete instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, inciso II, definidos em lei complementar (atualmente, Lei Complementar 116/2003).

Com base em tais dispositivos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) analisou a tributação de serviços de composição gráfica sob encomenda e concluiu que, ainda que envolvam o fornecimento de mercadorias (ex.: venda de embalagens), estariam sujeitos apenas ao ISS. Esse entendimento encontra-se incorporado na Súmula 156 do STJ e também pode ser extraído do acórdão formalizado após o julgamento do Recurso Especial 1.092.206-SP (julgado pela sistemática de “recursos repetitivos”).

Decidiu o STJ que caso o serviço agregado seja tributável pelos municípios, consoante indicado na lista anexa à lei complementar, deve incidir apenas o ISS. O ICMS incidiria apenas sobre operações de circulação de mercadorias acompanhadas da prestação de serviços se os referidos serviços não estiverem enquadrados na lista anexa à lei complementar que trata do ISS.

Concluiu o referido tribunal, portanto, que sobre operações “puras” de circulação de mercadoria e serviços de transporte interestadual e internacional e de comunicações incide apenas o ICMS; sobre as operações “puras” de prestação de serviços previstos em lei complementar incide o ISS; e sobre operações denominadas “mistas”, incidirá o ISS se o serviço estiver compreendido na lista anexa à lei complementar, enquanto que incidirá o ICMS sempre que o serviço não constar na referida lista.

Esse critério, inclusive, já foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal em outras ocasiões, tal como na decisão pela incidência do ICMS (e não ISS) sobre o fornecimento de alimentos e bebidas consumidos nos estabelecimentos dos próprios contribuintes (ex.: em bares, restaurantes e similares).

Ainda com relação à tributação de vendas de embalagens, o STF iniciou o julgamento das Medidas Cautelares em Ações Diretas de Inconstitucionalidade nos 4389 e 4413, ambas sob a relatoria do

Ministro Joaquim Barbosa, ajuizadas, respectivamente, pela Associação Brasileira de Embalagem – ABRE e pela Confederação Nacional da Indústria. Nessa ação ajuizada pela CNI pretende-se seja reconhecida a não-incidência do ISS sobre impressos gráficos que representem insumos de mercadorias, ou seja, quando produzidos bens que serão utilizados em operações de comercialização ou industrialização, o que inclui bulas, manuais de instrução etc. Já a ação ajuizada pela ABRE objetiva o reconhecimento da não-incidência do ISS apenas sobre a fabricação de embalagens. Afora essas distinções, em síntese, pode-se dizer que se sustenta nas ações que a elaboração de impressos gráficos nessas situações não configura prestação de serviços de composição gráfica.

Em outras palavras, está em discussão no STF a aplicação dos dispositivos da Lei Complementar 116/2003 e sua lista anexa e a incidência do ISS *versus* ICMS na atividade de fabricação de insumos que possam, em determinada etapa, envolver composição gráfica. Os estados exigem o ICMS por entenderem se tratar de venda de mercadorias, enquanto os municípios alegam ser devida a tributação pelo ISS sob o fundamento de que se trata de prestação de serviço de composição gráfica.

Recentemente, o Plenário do STF deferiu o pedido de liminar pleiteado pela ABRE para determinar que o ISS não deve incidir sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens que serão utilizadas como parte de processo de industrialização ou de circulação de mercadoria. Nesse entendimento, a embalagem produzida seria utilizada como insumo e a incidência de ICMS garantiria inclusive a aplicação do princípio constitucional da não-cumulatividade.

Recomenda-se, portanto, que os contribuintes fiquem atentos ao desfecho da discussão no STF e, ainda mais importante, tenham cautela ao considerar os temas pacificados e sua aplicação clara e inquestionável. O enquadramento da atividade exercida pelas empresas deve ser muito bem analisado, pois as especificidades de cada serviço prestado podem demandar conclusões diferentes (incidência de ICMS ou ISS), como no caso ora indicado, em que se busca um tratamento mais adequado às operações aparentemente “mistas”.

Date Created

14/07/2011