



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Público

Registro: 2014.0000436617

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016923-92.2009.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante DVB - DISTRIBUIDORA DE VIDROS BESCHIZZA LTDA, é apelado DELEGADO REGIONAL TRIBUTARIO DE RIBEIRAO PRETO DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SAO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA E MARREY UINT.

São Paulo, 29 de julho de 2014.

Antonio Carlos Malheiros
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 3ª Câmara de Direito Público

TRIBUTÁRIO – Mandado de Segurança preventivo com o objetivo de obstar o Fisco de autuar empresa que trabalha na colocação e instalação de vidros, pelo não recolhimento do ICMS - Cabimento – Empresa que se submete ao recolhimento do ISS, uma vez que se encaixa na denominação de prestadora de serviços – O ISSQN é um imposto previsto no art. 156, inciso III, da Constituição Federal para incidir sobre a prestação de serviços de qualquer natureza - É de competência Municipal, desde que não abrangido pelo ICMS, e esteja definido por Lei Complementar, como é o caso dos autos, porque o tipo de serviço que a ora apelante presta, está inserido na lista taxativa de serviços, sob o código 7.06, anexa à Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003 – Também o tipo de industrialização que o produto sofre: beneficiamento, corte e lavagem, está inserido na referida lista, sob o nº 14.05 - Ademais, a Lei complementar 116/03 expressamente revogou o Decreto-Lei 406/88, que tratava tanto de ICMS quanto de ISS nos caso de operações destinadas a posterior industrialização ou comercialização - Sentença reformada – Recurso provido.

Voto nº 31.757

Apelação Cível nº 0016923-92.2009.8.26.0000

Comarca: Ribeirão Preto

Apte(s): DVB - DISTRIBUIDORA DE VIDROS BESCHIZZA LTDA.

Apdo(s): DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE RIBEIRÃO
 PRETO DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO
 DE SÃO PAULO

Trata-se de apelação (fls.558/579), interposta em face de sentença (fls.546/548), cujo relatório se adota, proferida em mandado de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Público

segurança, com pedido de liminar, proposta por empresa que atua na prestação de serviços de projetos e instalações de vidros, buscando que a autoridade coatora se abstenha de autuá-la pelo não recolhimento de ICMS, aduzindo que está submetida ao recolhimento de ISSQN – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, pois sua atividade está inserida na Lista de Serviços nº 7.06, anexa à Lei complementar 116/03, que determina a obrigatoriedade recolhimento do referido imposto (ISS) pelas empresas que se dedicam à colocação e instalação de vidros, adquiridos pelo tomador de serviço. Cassada a liminar anteriormente concedida, a segurança foi denegada.

O recurso foi recebido no seu efeito devolutivo (fls. 681). Contrarrazões a fls. 683/701. Preparo a fls. 675.

Da decisão que recebeu o recurso somente no efeito devolutivo, houve interposição de agravo de instrumento com pedido de liminar, concedida (fls.704), para que a apelação fosse recebida também no efeito suspensivo até o seu julgamento.

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Público

O recurso merece provimento.

A ora apelante, sofreu autuação fiscal sob a alegação de que estaria efetuando venda de mercadorias com cobrança adicional pela montagem, colocação e/ou instalação, alegando o agente fiscal tributário que haveria vendas de box para banheiro para pessoas físicas e as despesas de instalação foram cobradas à parte sob o título de serviços de vidraçaria e excluídas indevidamente da base de cálculo do ICMS o preço dos serviços de instalação de molas para usuários finais.

Realmente, da análise apurada dos presentes autos, constata-se de que a atividade precípua da apelante é a prestação de serviços dedicados às obras civis. A mercadoria é apenas meio para a consecução da atividade fim que é a colocação de vidros em residências e prédios, dedicando-se também ao beneficiamento de vidro, na medida em que procede a operação de têmpera, deixando-o mais resistente. Assim, não pratica atos de comércio, consistente na venda de mercadorias, mas, ao revés, presta serviços de concepção e execução de projetos na área da construção civil, utilizando-se de vidros que não fabrica, mas apenas beneficia. Os contratos anexos de prestação de



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 3ª Câmara de Direito Público

serviços de elaboração de box, deixam a clara a questão e “extreme de dúvidas” patente o direito líquido e certo da ora apelante ao não recolhimento do ICMS sobre os serviços de empreitada e subempreitada .

O perito engenheiro José Fernando Ferreira Vieira, em seu laudo técnico acostado a a fls. 218/249, bem esclareceu que “o CREA/SP não exige a obrigatoriedade de supervisão dos trabalhos realizados à empresa, por profissionais de área tecnológica (Engenheiro, Tecnólogo ou Técnico de Nível Médio), capacitados e habilitados, devido à simplicidade e condição estritamente artesanal inerente à preparação da matéria-prima, para a devida prestação de serviços de montagem e instalação, no cliente final, ou no encomendante de serviços. A vistoria técnica sobre as atividades desenvolvidas na empresa DVB foi realizada nos dias 14 e 15/01/2008 nas dependências da empresa, especificamente em todos os setores de manipulação de vidros, desde o recebimento da matéria-prima (vidros planos, brutos em placas de 3,210 x 2,400 metros), passando pelo corte, lapidação , recorte , lavagem , têmpera (tratamento térmico). Estes ou são revendidos sem qualquer trabalho (70%), sendo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Público

que outra parte (30%) é preparada, beneficiada em conformidade com as encomendas, quando então é necessária a prestação de serviços de montagem, instalação nos clientes finais.

O referido perito esclarece, com base na informação do Supervisor Fiscal Tributário de Londrina, Sr. Paulo Roberto Ribeiro Lombardi que a prestação de serviço de industrialização por encomenda, destinada à comercialização, e também ao consumo final do encomendante é tão somente tributada pelo ISS. A empresa produz sistemas de esquadrias em geral para serem usadas na construção civil em todas as diversidades e aplicações pertinentes para o setor como portas de vidro, divisórias, painéis, fachadas e janelas de todos os tipos. É essencialmente uma beneficiadora de vidros planos. No processo produtivo os vidros são adequados aos sistemas funcionais onde recebem dispositivos mecânicos e acessórios em geral e passam por processos de beneficiamento. Basicamente são três os processos que os vidros recebem. Cortes, lapidação e tratamento térmico. A empresa não produz produto final manufaturado para ser vendido no mercado, a cadeia produtiva se completa com a prestação de serviços de montagem final dos



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 3ª Câmara de Direito Público

sistemas produzidos para serem instalados em obras civis executado pelas equipes de mão-de-obra externa qualificada.”

No mais, com o advento a da Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003, copiada a fls. 236/237, que contém a taxativa lista anexa à referida Lei, onde elenca os serviços sujeitos à tributação pelo ISSQN, que, no item, 7.06, especifica exatamente o serviço que a ora apelante trabalha, e no item 14.05 também elenca o tipo de que o tipo de industrialização efetuado no vidro também incide o ISSQN. Esta referida Lei Complementar 116/03 revogou expressamente a Decreto-Lei 406/88 que dispunha sobre ISS e ICMS, nos serviços em que havia industrialização por encomenda, porque expressamente elencou na lista de serviços da Lei 116/03, mais especificamente no item 14.05 o tipo de industrialização no produto que a ora apelante pratica tais como corte, recorte, beneficiamento e lavagem (cf. pag. 234), determinando a incidência do ISSQN .

Verifica-se, assim, na taxativa lista da Lei Complementar 116/03 a ora apelante se enquadra em dois dos itens (7.06 e 14.05), não havendo mesmo mais dúvidas quanto ao seu direito



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Público

líquido e certo de não recolher o ICMS, mas sim, o ISSQN.

Isto, posto, dá-se provimento ao recurso.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS
Relator