

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1721841 - SP (2018/0023713-2)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROCURADORE : **NATHALY CAMPITELLI ROQUE E OUTRO(S) -**
S **SP162679**
GENGIS AUGUSTO CAL FREIRE DE SOUZA -
SP352423
AGRAVADO : **BEMIS DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE**
EMBALAGENS LTDA
ADVOGADOS : **LUIZ CARLOS ANDREZANI E OUTRO(S) - SP081071**
HILDA AKIO MIAZATO HATTORI - SP111356
NORMA MITSUE NARISAWA MIAZATO - SP183730
INTERES. : **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **MAÍRA GABRIELA AVELAR VIEIRA E OUTRO(S) -**
SP301798

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA. EMBALAGEM. SUBSEQUENTE UTILIZAÇÃO EM PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO OU POSTERIOR CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA.

1. A acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência hodierna do Superior Tribunal de Justiça, alinhada à do Supremo Tribunal Federal, pela incidência do ICMS nos casos em que a produção de embalagens personalizadas seja destinada à subsequente utilização em processo de industrialização ou posterior circulação de mercadoria, o que é o caso dos autos. Precedentes.
2. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 08 de fevereiro de 2021 (Data do Julgamento)

Ministro Sérgio Kukina
Relator

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.721.841 - SP (2018/0023713-2)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROCURADORE : **NATHALY CAMPITELLI ROQUE E OUTRO(S) - SP162679**
S
AGRAVADO : **GENGIS AUGUSTO CAL FREIRE DE SOUZA - SP352423**
EMBALAGENS LTDA
ADVOGADOS : **LUIZ CARLOS ANDREZANI E OUTRO(S) - SP081071**
HILDA AKIO MIAZATO HATTORI - SP111356
NORMA MITSUE NARISAWA MIAZATO - SP183730
INTERES. : **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **MAÍRA GABRIELA AVELAR VIEIRA E OUTRO(S) -**
SP301798

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de agravo interno manejado pelo **Município de São Paulo** desafiando decisão que negou provimento a recurso especial, sob o fundamento de que a jurisprudência hodierna do Superior Tribunal de Justiça, alinhada à do Supremo Tribunal Federal, é pela incidência do ICMS nos casos em que a produção de embalagens personalizadas seja destinada à subsequente utilização em processo de industrialização ou posterior circulação de mercadoria, o que é o caso dos autos.

O agravante, em suas razões, sustenta que: (i) os precedentes mencionados na decisão hostilizada, ancorados na ADI 4.389-MC, não seriam aplicáveis à espécie, visto que a "Medida Cautelar na ADI 4.389/SP teve, inicialmente, seus efeitos modulados para incidir a partir de 13/04/2011 o que, por si só, já afasta os efeitos da citada ADI das autuações discutidas nos presentes autos, que se referem a créditos tributários anteriores a tal data" (fl. 2.849), além disso, "analisava, tão somente, a constitucionalidade de dispositivos legais incluídos na Lei Complementar nº 116/2003 [...] nada tratava, portanto, de dispositivos legais incluídos no Decreto-Lei 406/68, que é matéria também discutida nos presentes autos" (fl. 2.849), e "acabou por ser julgada extinta sem julgamento do mérito" (fl. 2.850); (ii) "a orientação legislativa é clara, desde o Decreto-Lei 406/68: se a

atividade é passível de enquadramento na lista de serviços, independente de resultar em uma mercadoria, haverá a incidência do ISS, salvo os serviços constitucionalmente estabelecidos como de competência do ICMS" (fl. 2.851), sendo certo que, no caso dos autos, "o caráter da composição se sobressai ao do produto que a veicula" (fl. 2.860), assim, "a embalagem, etiqueta e congêneres desenvolvidos desta forma incontestavelmente se subsumem à hipótese de composição gráfica" (fl. 2.860), razão pela qual "a atividade discutida é prestação de serviço passível de tributação pelo ISS, com exclusão de qualquer outro imposto" (fl. 2.860); e (iii) "foi demonstrado ainda pelo recurso especial interposto pelo Município de São Paulo a necessária redução do valor da verba honorária estabelecida" (fl. 2.862) que "não observou os ditames do artigo 20, § 4º, CPC, regra especial a qual se aplica às condenações da Fazenda Pública" (fl. 2.862).

Impugnação às fls. 2.867/2.878.

É O RELATÓRIO.

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.721.841 - SP (2018/0023713-2)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROCURADORE : **NATHALY CAMPITELLI ROQUE E OUTRO(S) - SP162679**
S
GENGIS AUGUSTO CAL FREIRE DE SOUZA - SP352423
AGRAVADO : **BEMIS DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE**
EMBALAGENS LTDA
ADVOGADOS : **LUIZ CARLOS ANDREZANI E OUTRO(S) - SP081071**
HILDA AKIO MIAZATO HATTORI - SP111356
NORMA MITSUE NARISAWA MIAZATO - SP183730
INTERES. : **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **MAÍRA GABRIELA AVELAR VIEIRA E OUTRO(S) -**
SP301798

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA. EMBALAGEM. SUBSEQUENTE UTILIZAÇÃO EM PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO OU POSTERIOR CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA.

1. A acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência hodierna do Superior Tribunal de Justiça, alinhada à do Supremo Tribunal Federal, pela incidência do ICMS nos casos em que a produção de embalagens personalizadas seja destinada à subsequente utilização em processo de industrialização ou posterior circulação de mercadoria, o que é o caso dos autos. Precedentes.

2. Agravo interno não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (RELATOR): A irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados:

*Trata-se de recurso especial fundado no CPC/73, manejado pelo **Município de São Paulo**, com base no art. 105, III, a, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado (fl. 2.571):*

Ação Anulatória de Débito tributário - Fabricante de produtos encomendados por terceiros destinados à embalagem de seus produtos - Incidência de ICMS corretamente declarado, com afastamento da Fazenda Estadual ante o recolhimento do débito a esse título - Improcedência quanto às pretensões da Municipalidade Paulista quanto a débito referente ao ISS - Inaplicabilidade da Súmula nº 156 do ESTJ - Pretensão da autora de ver afastada a condenação sucumbencial que lhe foi imposta em relação à Fazenda do Estado - Impossibilidade, não se podendo falar em princípio da causalidade em favor da autora em razão da ilegitimidade passiva da FESP - Recursos voluntários e reexame necessário improvidos.

Opostos embargos declaratórios, foram acolhidos, sem efeitos modificativos, apenas para sanar omissão (fls. 2.581/2.585).

Remetidos os autos ao órgão fracionário para fins do art. 1.030, II, do CPC/2015 (fl. 2.758), proferiu-se novo acórdão, nos seguintes termos (fl. 2.778):

RECURSO REPETITIVO. DEVOUÇÃO DOS AUTOS À TURMA JULGADORA POR DETERMINAÇÃO DO D. PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO, NOS TERMOS DO ART. 543-C, § 7º, PARA EVENTUAL ADEQUAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO AO REsp n.º 1.092.206/SP.

ICMS. Apelante que produz embalagens e rótulos, cujos produtos são utilizados como insumos na produção de outros bens - Operações sujeitas ao ICMS e não ao ISS.

Inaplicabilidade do teor do REsp n.º 1.092.206/SP ao caso concreto. ACÓRDÃO MANTIDO.

A parte recorrente aponta violação aos arts. 8º, item 76, do DL 406/68; 1º, § 2º, item 13.05, da LC 116/2003. Sustenta, em resumo, que "as embalagens produzidas pela autora, de natureza personalizada, assim como ocorre com qualquer serviço de composição gráfica, destinam-se a uma única pessoa, tomadora de seus serviços, não podendo de modo algum serem vendidas a terceiros, tal qual ocorreria com uma autêntica mercadoria [...] Por tais motivos, sujeita-se ela, sem qualquer dúvida, à incidência do Imposto Sobre Serviços" (fls. 2.607/2.608).

Superior Tribunal de Justiça

Contrarrazões acostadas às fls. 2.629/2.641 (Fazenda do Estado de São Paulo) e 2.714/2.735 (Bemis do Brasil Indústria e Comércio de Embalagens Ltda.).

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

Quanto ao mérito, a jurisprudência hodierna do Superior Tribunal de Justiça, alinhada à do Supremo Tribunal Federal, é pela incidência do ICMS nos casos em que a produção de embalagens personalizadas seja destinada à subsequente utilização em processo de industrialização ou posterior circulação de mercadoria, o que é o caso dos autos.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. PRODUÇÃO E FORNECIMENTO DE EMBALAGENS PERSONALIZADAS. ADEQUAÇÃO AO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4389-MC.

1. Hipótese em que a recorrente pleiteia a não incidência de ICMS sobre a atividade de prestação de serviços gráficos personalizados.

2. O acórdão recorrido consignou: "Colhe-se do contrato social que a empresa, ora embargante, atua no mercado explorando a atividade de 'prestação de SERVIÇOS GRÁFICOS PELO SISTEMA DE IMPRESSÃO FLEXOGRÁFICA ATRAVÉS DE CLICHÊS VULCANIZADOS conhecido como CLICHERIA, aplicados em caixas de papelão ondulado, resultando embalagens personalizadas' (fls. 26). O serviço de fiscalização, à fl. 30, assim descreve as atividades da embargante: 'a empresa tem como atividade a fabricação de embalagens de papelão. As matérias-primas utilizadas na produção são chapas de papelão. O processo de fabricação consiste em recebimento das chapas de papelão que em seguida são transferidas para o setor de corte onde com auxílio da máquina de corte vinco a embalagem será moldada conforme especificação do cliente. Após essa etapa a embalagem é transferida para o setor de impressão onde recebe o logotipo de acordo com o pedido do cliente. O processo da impressão consiste em disposição de tinta em calhas em máquina de impressão contendo cilindro parcialmente submerso, que promove a transferência da tinta para clichê de impressão que por sua vez efetua a impressão na embalagem. Em seguida a embalagem é transferida para o setor de acabamento, onde a mesma é grampeada, embalada em pacotes com fitilho e remetida ao cliente. Os principais equipamentos são: 01 máquina de corte e vinco, 02 máquinas de impressão, 02 grampeadeiras.' (sic). E, com as provas espelhadas nos autos, percebe-se que a causa final da embalagem é acondicionar o produto a ser comercializado por terceiros (fls. 43/45 e 57/60). Ou seja, o negócio da empresa é vender material de embalagem ou produzi-la, com o fim de circular o produto que a integrará. Ora, no caso, vislumbram-se condições peculiares de circulação de mercadorias próprios do ICMS. Por oportuno também salientar que as empresas que encomendam as mercadorias que, posteriormente, desencadearão operações mercantis e os produtos confeccionados integram o ciclo de comercialização dos adquirentes. Isso é o que certamente delimita a incidência do ICMS. Restou demonstrado, ainda, em documentos trazidos aos autos pela própria embargante, que há o repasse de ICMS para os consumidores dos produtos por ela produzidos (notas fiscais de fls. 34/42). Tanto isso é verdade que o laudo, à fl. 210,

quando questionado se a embargante creditou-se do ICMS constante das notas de aquisição de mercadorias de insumos utilizados na produção de embalagens, afirmou que "Sim. Conforme demonstram os livros fiscais de entrada de mercadorias." Ademais, ainda nos termos do laudo, não houve recolhimento do ISS relativo às vendas realizadas no período (fl. 210). Desse modo, basta, em análise dos autos, para que surja a convicção de que a própria embargante colocou-se na situação de devedora que se encontra, da qual agora pretende sair. (...) Nota-se que a recorrente se encaixa na nova redação, pois a composição gráfica não prepondera sobre o material utilizado, ela constitui mero estágio do processo de transformação que executa, de modo que, a saída das embalagens produzidas constitui fato gerador do ICMS. Outrossim, apenas por amor ao debate, mesmo antes da mudança da lei, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 02.06.2016, também passou adotar a linha da Suprema Corte. Ocasão em que, no julgamento do AgRg no REsp 1.310.728/SP, assim fixou: (...) Diante do exposto, os embargos devem ser rejeitados, dando-se, assim, prosseguimento à execução" (fls. 414-422, e-STJ).

3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na ADI 4.389/SP, firmou posicionamento de que se sujeitam ao recolhimento do ICMS as operações de industrialização por encomenda de embalagens destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de posterior circulação de mercadoria. Seguindo a orientação do STF, ambas as Turmas integrantes da Primeira Seção reformularam o entendimento exarado no Recurso Repetitivo 1.092.206/SP para adequá-lo ao que ficou consolidado no julgamento da referida ADI.

4. As Turmas integrantes da 1ª Seção, seguindo orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na ADI 4.389/SP, reconhecem a incidência do ICMS nas operações de industrialização por encomenda de embalagens destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de posterior circulação de mercadoria." (AgInt no AgRg no REsp 1.278.177/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 20/6/2017, DJe 28/6/2017). No mesmo sentido: AgInt nos EREsp. 1.050.643/SP, Rel. Min. Mauto Campbell Marques, DJe 8.11.2016; AgRg no REsp. 1.310.728/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 13.6.2016; AgRg no REsp. 1.050.643/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 28.3.2016.

5. O acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual não merece prosperar a irresignação.

6. Recurso Especial não provido.

**(REsp 1.832.006/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 19/12/2019)
TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. OPERAÇÕES DE INDUSTRIALIZAÇÃO DE PRODUTOS TÊXTEIS PERSONALIZADOS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO ART. 166 DO CTN. ILEGITIMIDADE PARA SE POSTULAR O CREDITAMENTO. QUESTÃO APRECIADA PELO STF, NO**

JULGAMENTO DA ADI 4.389/MC, REL. MIN. JOAQUIM BARBOSA, TRIBUNAL PLENO, DJe 25.5.2011. PRODUÇÃO PADRONIZADA. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO ESTADUAL. AGRAVO INTERNO DA CONTRIBUINTE A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Consoante entendimento consolidado por ambas as Turmas integrantes da 1a. Seção, aplica-se a condição exigida pelo art. 166 do CTN não para as demandas em que se postula a repetição ou compensação do indébito tributário, mas também quando a discussão refere-se ao creditamento de ICMS, sendo indispensável, portanto, a prova da parte autora ter arcado com o ônus do tributo. Precedentes: AgInt no REsp. 1.737.151/RS, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 31.10.2018; AgInt no REsp. 1.434.905/PI, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 14.10.2016; AgRg no AREsp. 23.695/SP, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 5.4.2013.

2. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na ADI 4.389/SP, firmou posicionamento de que se sujeitam ao recolhimento do ICMS as operações de industrialização por encomenda de embalagens destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de posterior circulação de mercadoria.

3. Seguindo a orientação do STF, ambas as Turmas integrantes da Primeira Seção reformularam o entendimento exarado no Recurso Repetitivo 1.092.206/SP para adequá-lo ao que restou consolidado no julgamento da referida ADI/MC. Precedentes: REsp. 1.686.771/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 23.10.2017; AgRg no REsp. 1.310.728/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 13.6.2016; AgRg no REsp. 1.050.643/SP, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 28.3.2016.

4. No caso, trata-se de atividade de confecção de produtos têxteis personalizados, e, segundo afirmou o Tribunal de origem, toda a mercadoria é confeccionada por produção de linha, sequer tipificando produto sob encomenda, razão pela qual não há dúvida de que participa da circulação de mercadorias até o consumidor final, sendo inafastável a incidência de ICMS.

5. Agravo Interno da Contribuinte a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 394.178/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/5/2019, DJe 30/5/2019)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÕES COM EMBALAGENS PERSONALIZADAS. READEQUAÇÃO DO ENTENDIMENTO DESTA CORTE AO CONSOLIDADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4389-MC. SÚMULA 168/STJ. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Inexiste atualmente controvérsia de entendimento entre as Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte no que se refere à incidência de ICMS/ISS sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens destinadas à subsequente utilização em processo de industrialização ou posterior

circulação de mercadoria, uma vez que ambas readequaram seu posicionamento ao que ficou consolidado pelo STF no julgamento da ADI 4389-MC.

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

3. É vedado, em sede de agravo interno, ampliar-se o objeto dos embargos de divergência, aduzindo-se questão nova, não suscitada no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa.

4. Agravo interno não provido.

(*AgInt nos EREsp 1.050.643/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2016, DJe 8/11/2016*)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA. BENEFICIAMENTO DE MATÉRIA-PRIMA. INCIDÊNCIA DO ISSQN.

1. Nos termos do art. 535 do CPC, os embargos declaratórios somente são cabíveis para modificar o julgado que se apresentar omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não se deu no caso dos autos.

2. No julgamento da medida cautelar na ADI 4.389, o STF reconheceu a não incidência do ISS sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria.

3. Naquele julgamento, ficou consignado que a incidência do ICMS só ocorrerá nos casos em que a produção de embalagens, etiquetas sob encomenda (personalizada) seja destinada à subsequente utilização em processo de industrialização ou posterior circulação de mercadoria, o que não é o caso dos autos.

[...]

Embargos de declaração rejeitados.

(*EDcl no AgRg no AREsp 309.854/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/9/2013, DJe 18/9/2013*)

Assim, por estar em consonância com o entendimento acima demonstrado, não merece reparos o acórdão recorrido.

ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se.

Conforme já assinalado na decisão agravada, o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência hodierna do Superior Tribunal de Justiça, alinhada à do Supremo Tribunal Federal, pela incidência do ICMS nos casos em que a produção de embalagens personalizadas seja destinada à subsequente utilização em processo de industrialização ou posterior circulação de mercadoria, o que é o caso dos autos.

Em reforço:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÕES COM EMBALAGENS PERSONALIZADAS. READEQUAÇÃO DO ENTENDIMENTO DESTA CORTE AO CONSOLIDADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4389-MC. SÚMULA 168/STJ. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Inexiste atualmente controvérsia de entendimento entre as Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte no que se refere à incidência de ICMS/ISS sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens destinadas à subsequente utilização em processo de industrialização ou posterior circulação de mercadoria, uma vez que ambas readequaram seu posicionamento ao que ficou consolidado pelo STF no julgamento da ADI 4389-MC.

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

3. É vedado, em sede de agravo interno, ampliar-se o objeto dos embargos de divergência, aduzindo-se questão nova, não suscitada no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EREsp 1.050.643/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2016, DJe 08/11/2016)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ICMS. SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4389/SP.

1. Hipótese em que a recorrente pleiteia a não incidência de ICMS sobre a atividade de prestação de serviços gráficos personalizados.

2. Não se pode conhecer da irresignação contra a ofensa aos arts. 244, 249 e 552 do CPC/1973, pois esses dispositivos legais não foram analisados pela instância de origem, sendo certo que a parte não opôs Embargos de Declaração visando a provocar a manifestação do Tribunal a quo acerca de tal artigo. Ausente, portanto, o indispensável requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

3. O Tribunal de origem concluiu ser devida a incidência de ICMS sobre as atividades da recorrente por entender que "não há dúvida que as etiquetas e embalagens que identificam os produtos, participam da circulação e compõem o preço negocial. A embargada afirma que vende produtos personalizados, que na forma dos impressos gráficos, não circulam. No entanto, os produtos (sacolas personalizadas) identificam e revestem o produto. até o consumidor final, ou seja, realizam circulação" (fl.662, e-STJ).

4. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na ADI 4.389/SP, firmou posicionamento de que se sujeitam ao recolhimento do ICMS as operações de industrialização por encomenda de embalagens destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de posterior circulação de mercadoria.

Superior Tribunal de Justiça

Seguindo a orientação do STF, ambas as Turmas integrantes da Primeira Seção reformularam o entendimento exarado no Recurso Repetitivo 1.092.206/SP para adequá-lo ao que ficou consolidado no julgamento da referida ADI.

5. Recurso Especial parcialmente conhecido e nessa parte não provido.

(REsp 1.686.771/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017)

Ressalte-se que as observações realizadas pela parte agravante a respeito da ADI 4.389-MC não se mostram aptas a infirmar o *decisum* alvejado.

Isso porque, a uma, já na concessão da tutela antecipada (fls. 1.752/1.758), as instâncias ordinárias adotaram o posicionamento pela não incidência do ISS, e sim do ICMS, nas operações questionadas. Logo, por estarem as decisões judiciais proferidas nos autos desde sempre em consonância com o que decidido pela Corte Suprema, a modulação de efeitos anotada pela parte agravante é desinfluyente no caso.

A duas, tanto a sentença quanto o acórdão recorrido dirimiram a contenda à luz do ditame do art. 1º, § 2º, da LC 116/2003 - item 13.05 (cf fls. 2.477/2.488, 2.568/2.574 e 2.581/2.585), daí a pertinência da decisão do STF no aludido precedente ("ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Brasileira de Embalagens - ABRE, em face da interpretação dos arts. 1º, *caput* e § 2º, da Lei Complementar nº 116/2003 e do subitem 13.05 da lista de serviços anexa, que entende que incide ISS quando a atividade gráfica produz bens que serão utilizados em operações comerciais ou industriais posteriores").

E, a três, a extinção da mencionada ação direta de inconstitucionalidade, conforme mesmo se extrai do inteiro teor do julgamento respectivo, se deu "tendo em vista a modificação substancial do dispositivo impugnado, bem como pelo fato de a alteração legislativa ter conferido interpretação no mesmo sentido pleiteado, qual seja a incidência somente de ICMS quando os serviços especificados forem destinados à posterior operação de comercialização ou industrialização, concluindo pela carência de interesse processual da Requerente [...] Registre-se que a LC nº 157/2016, no que se refere ao subitem 13.05, coadunou

com o entendimento do Plenário quando do julgamento da medida cautelar".

É dizer: a extinção da ADI derivou, simplesmente, da ocorrência, posterior à sua propositura, de alteração legislativa, a qual observou o entendimento do Plenário da Corte Suprema a respeito da questão jurídica controvertida, *i. e.*, "a incidência somente de ICMS quando os serviços especificados forem destinados à posterior operação de comercialização ou industrialização".

Passo seguinte, o compulsar atento do especial apelo revela que, no arrazoado recursal, o Município simplesmente externou sua irresignação com a verba honorária fixada pelo Tribunal *a quo*, cingindo-se a pugnar pela sua redução, porém, sem apontar de maneira objetiva violação ao art. 20, § 4º, do CPC/73 (cf fls. 2.590/2.609).

Destarte, a ausência de indicação do dispositivo legal tido por violado implica deficiência de fundamentação do recurso especial, atraindo a incidência da Súmula 284/STF ("*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.*"). Nesse diapasão: **AgRg no AREsp 157.696/SC**, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 22/11/2012; **AgRg nos EDcl no Ag 1.289.685/RS**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6/8/2010.

Registre-se, apenas por amor ao debate, que, mesmo que se pudesse entender superado o óbice anterior, a insurgência especial ainda não lograria ultrapassar a barreira de admissibilidade recursal.

É que o Tribunal de origem, a respeito da verba sucumbencial, assim deliberou (fl. 2.585 - g.n.):

De fato, "vencida a Fazenda Pública, o juiz não está adstrito aos limites estabelecidos pelo art. 20, § 3º, do CPC na fixação dos honorários advocatícios, que podem ser arbitrados em valor fixo ou percentual incidente sobre o valor da condenação ou da causa" (AgRg no REsp 1205818 / RS, 1ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 14/12/2010, DJe 02/02/2011 - destaquei).

Na mesma linha, "A jurisprudência assente nesta Corte Superior de Justiça orienta-se no sentido de que, em sendo vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios, a teor do art. 20, § 4º, do CPC, baseada na apreciação equitativa do juiz; não está adstrita aos percentuais e tampouco à base de cálculo prevista no § 3º do mencionado artigo"

Superior Tribunal de Justiça

(AgRg no Ag 1288841 / DF, 6ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, j. 07/12/2010, DJe 17/12/2010).

Além do mais, no presente caso foi necessária a realização de extensivo trabalho profissional, o que demandou maiores esforços ou tempo para a prestação do serviço, sobretudo levando-se em conta a complexidade da causa.

Assim, considerando o valor da causa (R\$ 1.000.000,00), assim como o trabalho exercido pelo profissional, melhor se afigura manter a verba honorária fixada no importe de (R\$ 200.000,00), nos moldes da apreciação equitativa inserta no § 4º, do artigo 20, do Código de Processo Civil de 1973.

Nesse panorama, a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

ANTE O EXPOSTO, nega-se provimento ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt no REsp 1.721.841 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2018/0023713-2

Número de Origem:

01172080220078260053 1039/2007 0035188-12.2011.8.26.0053 1803/2011 1172080220078260053 10392007
351881220118260053 18032011

Sessão Virtual de 02/02/2021 a 08/02/2021

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADORES : NATHALY CAMPITELLI ROQUE E OUTRO(S) - SP162679
GENGIS AUGUSTO CAL FREIRE DE SOUZA - SP352423
RECORRIDO : BEMIS DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS LTDA
ADVOGADOS : LUIZ CARLOS ANDREZANI E OUTRO(S) - SP081071
HILDA AKIO MIAZATO HATTORI - SP111356
NORMA MITSUE NARISAWA MIAZATO - SP183730
INTERES. : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MÁIRA GABRIELA AVELAR VIEIRA E OUTRO(S) - SP301798
ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ISS - IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADORES : NATHALY CAMPITELLI ROQUE E OUTRO(S) - SP162679
GENGIS AUGUSTO CAL FREIRE DE SOUZA - SP352423
AGRAVADO : BEMIS DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS LTDA
ADVOGADOS : LUIZ CARLOS ANDREZANI E OUTRO(S) - SP081071
HILDA AKIO MIAZATO HATTORI - SP111356
NORMA MITSUE NARISAWA MIAZATO - SP183730
INTERES. : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MÁIRA GABRIELA AVELAR VIEIRA E OUTRO(S) - SP301798

TERMO

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 08 de fevereiro de 2021