

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

Recurso

RE 87.931-

FABRICAÇÃO E COMÉRCIO — INCIDÊNCIA

RESUMO

- A recorrente ... - tem como objetivo essencial, como se deduz de suas próprias afirmações (...), "a fabricação e o comércio de gases industriais e medicinais e a prestação de serviços - produzindo e vendendo oxigênio, argônio e acetileno". - Esses gases, todavia, são comercializados mediante acondicionamento em cilindros próprios. Esses cilindros (ou recipientes), são de propriedade da recorrente - "que os cede em mandato ou locação aos adquirentes do produtos industrializado" (gases). Em decorrência dessa atividade, que se pode denominar de principal, desde que, o objetivo da empresa (recorrente) é a venda ou comercialização dos gases (industriais e medicinais), a recorrente executa serviços de restauração e conservação dos "cilindros", os quais, como já se frisou, acima, são de sua propriedade. A recorrente pretende, com a irresignação, recolher, sobre suas operações, apenas o ISS, sobre alegar que a sua atividade "identifica-se com o serviço de revisão de aparelhos, conserto e restauração de objetos não destinados à comercialização e acondicionamento", com previsão nos itens 40 e 41 da lista anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, nos termos do seu art. 8, § 1º, que estabelece: "§ 1º - "Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias". - Não me parece, com a razão, a recorrente. O objetivo essencial que busca é a atividade comercial - a industrialização e venda de seus produtos (gases), sendo a indigitada prestação de serviços uma mera decorrência, já que é impossível a comercialização (venda a terceiros) de sua mercadoria, senão através do acondicionamento em cilindro próprio. O conserto ou a conservação desses cilindro não podem ser considerados como principal objetivo, no qual se subsumiria a comercialização dos produtos. Acerca do tema, bem esclareceu o acórdão recorrido, ao dizer: "Quer se trate de carga rápida ou carga normal, o gás sempre será necessariamente acondicionado no cilindro, a operação é essencial ao próprio exercício da atividade comercial da impetrante, que não tem como fornecer seus gases senão acondicionados em recipientes adequados. Realiza ela o acondicionamento de seu próprio produto industrial e do objeto do seu próprio comércio, excluída, assim, a incidência do tributo municipal sobre serviços. Não é a atividade da impetrante o acondicionamento de gases, mas, sua produção e venda, de cujo ciclo, o acondicionamento é parte essencial" (...). - É, pois, indiscutível, que a prestação de serviços consistente no conserto e restauração dos cilindros é atividade secundária da recorrente, porquanto, o seu objetivo primeiro é vender o seu produto. E o comércio de gases industriais ou medicinais configura o fato gerador do ICM (ICMS), por força do disposto no art. 8º, § 2º, do Decreto-Lei nº 406/68. - Demais disso, a conservação e restauração dos cilindros não configura a "prestação de serviços", para o fim de incidência do ISS, porquanto, na definição da lei (Decreto-Lei 406, art. 8º), esses serviços - como fato gerador do tributo municipal - teriam de ser prestados a terceiros. Nos caso, a recorrente conserta e restaura cilindros de sua propriedade, que, como ela própria afirma, "estão na posse de terceiros em comodato ou locação". - Não se aplicam, pois, ao caso, os itens 40 e 41 da lista (a nexa ao Decreto-Lei 406/680, que fazem incidir o ISS sobre: - a) lubrificação, limpeza e revisão de máquinas, aparelhos e equipamentos; - b) conserto e restauração de quaisquer objeto. - Ora, como já se disse, conserto dos cilindros é atividade meramente decorrente, eis que, o objeto nuclear da atividade da recorrente é o fornecimento de mercadorias, ou seja - a venda ou comercialização de gases industriais e medicinais. - Aplica-se, na hipótese, o disposto no § 2º do art. 8º, em conjugação com o § 3º, inciso III, do Decreto-Lei nº 406/68, pois, "o ICM só não incide sobre a saída de estabelecimento portador de serviços, de mercadorias "a serem ou que tenham sido utilizadas na prestação de tais serviços". - Inexiste,

pois, ofensa aos dispositivos legais invocados, aos quais, ao revés, se atribuiu escorreita interpretação. - Quanto ao dissenso jurisprudencial, não vejo configurado. O único acórdão trazido a confronto decorre do julgamento proferido no RE nº 87.931-RS, "que se limitou a esclarecer que a lista anexa ao Decreto-Lei nº 834/69 é taxativa e não enunciativa. De certo que a matéria discutida e decidi

EMENTA

A fabricação e o comércio de gases industriais e medicinais (oxigênio, argônio e acetileno), adjunta à prestação de serviços - conservação dos cilindros - constitui fato gerador do ICMS (artigo 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68). A venda dos gases é essencial ao próprio exercício da atividade comercial da empresa(recorrente), constituindo o conserto dos cilindros usados no acondicionamento atividade secundária, não ensejando, essa (prestação de serviços) a imposição do ISS.