

No Ementário de 1979 (pág. 344), encontram-se duas decisões de idêntico teor, proferidas nos procs. DRT-1 n.º 31455/76, pela E. 5.ª Câmara, em 20.3.78 e DRT-2 n.º 130/77, pelas C. Câmaras Reunidas, em 20.11.78.

Em sentido contrário, figura a decisão exarada no proc. DRT-8 n.º 3592/75, julgado por estas C. Câmaras Reunidas em sessão realizada em 25.9.78, tendo como Relator o e. Dr. Roberto Pinheiro Doria (pág. 343 do Ementário de 1979). Tal decisão, contudo, não foi homologada pelo Sr. Coordenador da Administração Tributária. Esclareço, outrossim, que, justamente em face do decidido nesse processo, a interessada — que é a mesma firma autuada de que trata o presente — deixou de recolher o imposto, tendo sido autuada algum tempo depois. E é este AIIM o que está sendo julgado.

Como os nobres Pares devem ter observado pela leitura dos parágrafos anteriores, a decisão revisanda foi proferida em consonância com a orientação firmada pela maioria dos membros desta Corte. Considerando como contratos as provas oferecidas — os orçamentos — não a feriu; muito pelo contrário, entendendo tê-la ratificado.

A TIT-13, ao formular a Representação que deu origem ao presente pedido de revisão, citou (e juntou) como divergente a decisão proferida no proc. DRT-1 n.º 15858/77, de autoria do nobre Juiz, Dr. Carlos Celso Orcesi da Costa. No entender de S. Exa., “a colocação de vidros não tipifica um serviço de construção civil, nem de subempreitada, mas tão-só uma venda de mercadoria, seguida de instalação, o que exclui o imposto municipal e gera a incidência do imposto estadual. A caracterização dos serviços auxiliares e complementares da construção civil ou mesmo instalações e montagens de qualquer tipo, como atividades sujeitas ao ISS, implica prestação de serviço, sem o concomitante fornecimento dos materiais, afora aqueles produzidos no local da obra, ou que, produzidos fora dela, se destinem a fixar algo no solo.”

A outra decisão citada pela TIT-13 e que já se achava juntada ao presente é a proferida no proc. DRT-2 n.º 3304/80. Dela se valeu o e. Dr. Levy Ramos para justificar seu voto, em separado, após pedir vista quando do julgamento do recurso ordinário. Saliente-se que envolve a mesma argumentação, isto é, quando não há contrato de empreitada ou subempreitada, o valor da mão-de-obra íntegra a base de cálculo para efeito de recolhimento do ICM.

No caso, não havia nem contrato, nem outro documento que pudesse dar guarida à pretensão do Contribuinte.

Diante disso, parece-me que esta decisão não se presta para ser considerada como divergente, porquanto, a decisão

revisanda foi no mesmo sentido. A E. 5.ª Câmara considerou os orçamentos com os valores das mercadorias e dos serviços prestados previamente identificados, e com o “de acordo” do encomendante, como verdadeiro contrato, daí ter considerado insubsistente o auto de infração.

Já a citada decisão proferida no proc. DRT-1 n.º 15858/77, que teve como Relator o e. Dr. Carlos Celso Orcesi da Costa, obedece a critério diferente, não levando em conta a necessidade de contrato de empreitada ou subempreitada, formalizado ou não.

Em face do exposto, entendo ter havido manifesta divergência de critério, razão pela qual conheço do pedido de revisão interposto pela Fazenda.

No mérito, nego-lhe provimento por entender mais justo o voto vencedor da decisão recorrida, pedindo vênias para adotar os seus próprios fundamentos.

Sala das Sessões, em 26 de outubro de 1983.

a) **Nestor João Masotti**, Relator.

#### VOTO EM SEPARADO

1. Pedi vista do processo para melhor examinar os elementos que o constituem; antes de proferir meu voto, o que passo a fazer agora.

2. Como bem assinalou o d. Relator, a divergência de critério de julgamento está evidenciada entre as duas decisões postas em confronto. A revisanda, calcada em voto do nobre ex-Juiz, Dr. Geraldo Lopes, destaca que: “Não tenho dúvida que a recorrente empreitou os serviços de colocação de vidros, com fornecimento de material, que deram origem às operações questionadas nos autos”. Já a trazida como paradigma, cuidando também de fornecimento e colocação de vidros, conclui de modo diverso, como se vê no voto do nobre Juiz Dr. Carlos Celso Orcesi da Costa: “A caracterização dos serviços auxiliares e complementares da construção civil ou mesmo instalações e montagens de qualquer tipo como atividades sujeitas ao ISS, implicam prestação de serviço sem o concomitante fornecimento dos materiais, afora aqueles produzidos no local da obra ou que produzidos fora dela, se destinem a fixar algo ao solo”. Assim, esta última decisão definiu que a colocação de vidros não tipificaria “um serviço de construção civil, nem uma subempreitada, mas tão-só uma venda de mercadoria seguida de instalação”.

3. Diversas posições foram adotadas em torno da questão, através dos anos. Parece-me, contudo, que aquela que transparece no voto do Dr. Orcesi da Costa vem a ser a mais rigoris-

ta no exame do assunto. Com efeito, inexistindo conceituação clara do que venha a ser obra de construção civil na legislação federal que disciplinou os serviços da lista anexa ao Dec.-lei n.º 406/68 e depois Dec.-lei n.º 834/69, o RICM veio tentar suprir a carência, esclarecendo que: “Entendem-se por obras de construção civil as adiante relacionadas, quando decorrentes de obras de engenharia civil: 1. construção, demolição, reforma ou reparação de prédios ou de outras edificações;...”.

4. Já o item 19 da lista de serviços, sujeita ao ISS: “19 — Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, que ficam sujeitas ao ICM).”

5. Para a decisão trazida à colação, a condição “sine qua non” para que os serviços auxiliares e complementares da construção civil possam enquadrar-se na lista tributada pelo ISS vem a ser que não haja, concomitantemente ao serviço, nenhum fornecimento de material. Ou que, em havendo o fornecimento do material, seja ele produzido na própria obra. Ou ainda, que em sendo fora da obra, venha a ser empregado “na fixação de algo ao solo”. Tenho para mim que tais regras transcendem e ultrapassam aquelas estabelecidas na lista de serviços e mesmo com elas conflitam. Com efeito, o próprio item 19 admite que haja o fornecimento de materiais na prestação de serviços, especificando que tais fornecimentos, produzidos pelo prestador fora da obra, se sujeitem ao ICM.

6. Essa regra, de dicotomia entre a operação tributada pelo ISS e a operação tributada pelo ICM é admitida pela doutrina a respeito.

7. É curioso observar, contudo, que mesmo pela regra transcrita no voto do Dr. Orcesi da Costa, o fornecimento e colocação de vidros enquadra-se entre os serviços complementares. Na construção de um prédio a colocação dos vidros nas janelas vem a ser parte essencial dessa construção, principalmente na arquitetura contemporânea que passou a adotar as fachadas de vidro e alumínio como solução mais adequada em termos de estética, de iluminação e economia da obra. Não há a menor dúvida, parece-me, que tais vidros, ainda que não “se destinem a fixar algo ao solo”, em seu sentido literal, agregam-se à estrutura da construção de tal forma que sua remoção se torna impossível, ou que se removidos, não se prestam a outra obra, salvo como material “de sucata”. Assim, a colocação de vidros não fere a própria condição do voto da decisão pa-