



MIAS
Nº 70052088028
2012/CÍVEL

**AÇÃO DECLARATÓRIA. FARMACIAS DE
MANIPULAÇÃO. PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS.
ICMS. ISS.**

A comercialização de medicamentos manipulados por farmácias sujeita-se ao ISS. Jurisprudência do STJ. Por isso, é de ser julgada improcedente a ação anulatória de lançamento de crédito de ISS relativo à prestação de serviços de produtos farmacêuticos manipulados.

Negado seguimento ao recurso.

APELAÇÃO CÍVEL

VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Nº 70052088028

COMARCA DE LAGOA VERMELHA

FERRI, HICKMANN E CIA. LTDA.

APELANTE

MUNICÍPIO DE LAGOA VERMELHA

APELADO

DECISÃO MONOCRÁTICA

1. FERRI, HICKMANN E CIA. LTDA. – cujo objeto é a venda de produtos manipulados e de produtos industrializados – ajuizou, em 15 de março de 2010, contra a SECRETARIA DA FAZENDA DO MUNICÍPIO DE LAGOA VERMELHA ação ordinária para (I) ver declarado que suas atividades não estão sujeitas à incidência de ISS, mas apenas de ICMS, e (II) desconstituir o débito fiscal de R\$ 8.378,22. Nos dizeres da inicial, exerce preponderantemente o comércio varejista de venda de produtos farmacêuticos industrializados, razão pela qual recolhe ICMS, sendo adepta do SIMPLES. Esclareceu que, em 16 de dezembro de 2008, recebeu notificação do Fisco Municipal para apresentação de documentos, instaurando-se o processo administrativo n.º 402/2008, em que arbitrado o débito ISS no valor de R\$ 8.378,22, o qual, depois de ajuizada execução



MIAS
Nº 70052088028
2012/CÍVEL

fiscal, foi parcelado. Alegou que a venda de produtos manipulados não constitui fato gerador da referida exação, porque não se trata de prestação de serviço, mas de venda de mercadoria, conforme reconhecido nos autos do processo administrativo de consulta fiscal n.º 006.867-14.00/09-5 formulado perante a Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul. Pediu autorização para depositar o crédito tributário. Na decisão de fls. 191/194, indeferiu-se a tutela antecipada. Inconformada, a Autora interpôs agravo de instrumento, que foi provido em parte (fls. 205/211). Intimada, a Autora emendou a petição inicial para corrigir o polo passivo da ação, indicando como Réu o MUNICÍPIO DE LAGOA VERMELHA (fl. 226). Citado, o Réu contestou a ação, afirmando que o parcelamento firmado pela Autora se refere ao tributo devido durante o período de janeiro de 2004 a junho de 2007, enquanto que o débito apurado a partir do processo administrativo n.º 402/2008 abrange o valor devido a título de iss de julho de 2007 a junho de 2009. Defendeu que a venda de produtos manipulados constitui prestação de serviços farmacêuticos, os quais estão sujeitos à incidência de ISS. O Ministério Público deixou de exarar parecer (fls. 382/384). Na sentença de fls. 389/392, o MM. Juiz *a quo*, Dr. Gerson Lira, julgou improcedente a ação, condenando a Autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em 20% do valor da causa. Inconformada, tempestivamente, apela a Autora, pedindo a procedência da ação. Intimado, o Réu apresentou contrarrazões, pedindo, em preliminar, o não conhecimento do recurso por se tratar de cópia da petição inicial. No mérito, pede o desprovimento do recurso. Foram, então, os autos remetidos a este Tribunal. É o relatório.

2. Preliminar. É de ser rejeitada a preliminar de não conhecimento do recurso argüida em contrarrazões. Com efeito, ao contrário do argüido pelo Apelado, conquanto deduza argumentos semelhantes aos



MIAS
Nº 70052088028
2012/CÍVEL

da petição inicial, a apelação interposta ataca os fundamentos da decisão recorrida, não configurando mera cópia da petição inicial.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, a partir da vigência da Lei Complementar nº 116/03, “o fornecimento de medicamentos manipulados por farmácias, por constituir operação mista que agrega necessária e substancialmente a prestação de um típico serviço farmacêutico, não está sujeita a ICMS, mas a ISSQN”, conforme lê-se da decisão proferida no REsp 881035/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeiro Turma, julgado em 06/03/2008, DJe 26/03/2008, assim ementada:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ENTRE ESTADOS E MUNICÍPIOS. ICMS E ISSQN. CRITÉRIOS. SERVIÇOS FARMACÊUTICOS. MANIPULAÇÃO DE MEDICAMENTOS. SERVIÇOS INCLUÍDOS NA LISTA ANEXA À LC 116/03. INCIDÊNCIA DE ISSQN.

1. Segundo decorre do sistema normativo específico (art. 155, II, § 2º, IX, b e 156, III da CF, art. 2º, IV da LC 87/96 e art. 1º, § 2º da LC 116/03), a delimitação dos campos de competência tributária entre Estados e Municípios, relativamente a incidência de ICMS e de ISSQN, está submetida aos seguintes critérios: (a) sobre operações de circulação de mercadoria e sobre serviços de transporte interestadual e internacional e de comunicações incide ICMS; (b) sobre operações de prestação de serviços compreendidos na lista de que trata a LC 116/03, incide ISSQN; e (c) sobre operações mistas, assim entendidas as que agregam mercadorias e serviços, incide o ISSQN sempre que o serviço agregado estiver compreendido na lista de que trata a LC



MIAS
Nº 70052088028
2012/CÍVEL

116/03 e incide ICMS sempre que o serviço agregado não estiver previsto na referida lista. Precedentes de ambas as Turmas do STF.

2. Os serviços farmacêuticos constam do item 4.07 da lista anexa à LC 116/03 como serviços sujeitos à incidência do ISSQN. Assim, a partir da vigência dessa Lei, o fornecimento de medicamentos manipulados por farmácias, por constituir operação mista que agrega necessária e substancialmente a prestação de um típico serviço farmacêutico, não está sujeita a ICMS, mas a ISSQN.

3. Recurso provido.

Nesse sentido, a decisão proferida pela Segunda Turma, no Recurso Especial n.º 975105/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 16/10/2008, DJe 09/03/2009, a cujo teor

“O critério da preponderância do serviço ou da mercadoria, adotado pela redação original do CTN de 1966 (art. 71, parágrafo único), foi logo abandonado pelo legislador. A CF/1967 (art. 25, II) previu a definição dos serviços pela legislação federal. O DL 406/1968 revogou o art. 71 do CTN e inaugurou a sistemática da listagem taxativa, adotada até a atualidade (LC 116/2003).

3. A partir do DL 406/1968 (art. 8º, § 1º), os serviços listados submetem-se exclusivamente ao ISS, ainda que envolvam o fornecimento de mercadorias. A regra é a mesma na vigência da LC 116/2003 (art.

1º, § 2º). A preponderância do serviço ou da mercadoria no preço final é irrelevante.



MIAS
Nº 70052088028
2012/CÍVEL

4. O Superior Tribunal de Justiça prestigia esse entendimento em hipóteses análogas (serviços gráficos, de construção civil, hospitalares etc.), conforme as Súmulas 156, 167 e 274/STJ.

5. Os serviços prestados por farmácias de manipulação, que preparam e fornecem medicamentos sob encomenda, submetem-se à exclusiva incidência do ISS (item 4.07 da lista anexa à LC 116/2003).

Precedente da Primeira Turma.

6. Recurso Especial provido”.

Adotado tal entendimento, é de ser mantida a sentença que julgou improcedente a presente ação. Com efeito, a venda de produtos manipulados não se confunde com a comercialização de produtos industrializados, a qual se sujeita ao ICMS.

No caso, o débito de ISS foi apurado nos processos administrativos n.º 402/2008 e 3.735/2009 (fls. 143/149). Segundo a Delegada da Receita Municipal de Lagoa Vermelha, (I) os registros apresentados pela Apelante não distinguem as receitas provenientes da venda de mercadorias da prestação de serviços farmacêuticos por meio da elaboração de medicamentos manipulados e (II), apesar de ter sido notificada inúmeras vezes, a Apelante se limitou a sustentar a não ocorrência do fato gerador do ISS em suas atividades. Deixou, contudo, apresentar discriminadamente as receitas auferidas pela venda de fármacos manipulados em relação ao período de julho de 2007 a junho de 2009, razão pela qual arbitrou o Fisco o valor devido com base nos registros apresentados anteriormente. Assim, diante da resistência da Apelante em permitir a adequada fiscalização de seus registros contábeis, correta fixação



MIAS
Nº 70052088028
2012/CÍVEL

do débito por meio de estimativa. Não se trata, então, de dupla tributação sobre a mesma atividade.

Registre-se, por fim, que o parecer emitido na consulta tributária n.º 006.867-14.00/09-5 não vincula o Apelado (fls. 186/187). A um, porque a lista anexa à Lei Complementar n.º 116/03 prevê a incidência de ISS sobre serviços farmacêuticos. A dois, porque não compete à Secretaria da Fazenda do Estado definir quais atividades podem ser objeto de tributação pelos Município, já que se cuida de matéria sujeita à reserva legal.

Em suma, a prestação de serviços farmacêuticos manipulados sujeitam-se ao ISS e (II) não se vislumbra vício no lançamento apto a levar à sua anulação. Daí que não merece provimento o presente recurso.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso.

Intimem-se.

Porto Alegre, 25 de dezembro de 2012.

Des.^a Maria Isabel de Azevedo Souza
Relatora