



COMARCA DE LAGOA VERMELHA – RS.

3ª VARA JUDICIAL.

PROCESSO Nº 057/1.10.0000783-5.

Natureza: Anulatória.

Autor: Ferri, Hickmann e Cia Ltda.

Réu: Município de Lagoa Vermelha.

Data: 20 de dezembro de 2011.

Juiz de Direito: Gerson Lira.

Relatório.

FERRI, HICKMANN E CIA LTDA. ajuizou ação anulatória em face da SECRETARIA DA FAZENDA DO MUNICÍPIO DE LAGOA VERMELHA, partes já qualificadas, relatando, em síntese, que no dia 16 de dezembro de 2008 recebeu notificação da Prefeitura Municipal de Lagoa Vermelha – RS para que informasse o faturamento sobre as receitas manipuladas no período de janeiro de 2004 até junho de 2007. Informou, ainda, que, posteriormente, em 14 de abril de 2009, recebeu outra notificação para informar o faturamento de junho de 2007 até abril de 2009. Destacou que, então, ingressou com o processo administrativo nº 402/2008, onde se discutiu que a atividade da empresa era farmacêutica e a mesma já recolhia ICMS ao Estado, não cabendo a pretensão do Município de cobrar ISSQN sobre o mesmo fato gerador. Aduziu, no entanto, que a Fazenda Municipal arbitrou o valor que entendeu como devido, obrigando-o parcelar o suposto débito, sob pena de inscrição em dívida ativa, no valor de R\$ 8.378,22, referentes as atividades de comércio de produtos manipulados. Salientou que a empresa, pra manter-se no “Simples”, é obrigada até o final do mês de janeiro de 2010 comprovar sua regularidade fiscal junto aos entes tributantes, não podendo estar em dívida ativa para manter-se no programa, tendo sido obrigada a efetuar o parcelamento dos valores. Assim, aludiu que por entender ser ilegal a incidência do citado imposto pretende depositar em juízo o valor das parcelas, no valor de R\$ 251,53, nos moldes das disposições legais do art. 151, II, do CTN, e Súmula nº 112 do STJ, para fins de discutir a legalidade da incidência. Requeru fosse autorizado a recolher e depositar em juízo as parcelas do parcelamento até o julgamento definitivo da demanda. Liminarmente, postulou fosse determinada a suspensão de exigibilidade do crédito tributário nacional. Postulou, ainda, fosse notificada a Fazenda Municipal, impedindo-a de cadastrá-lo em órgãos restritivos como o CADIN, bem como de negar expedição de certidões negativas ou ajuizar execução fiscal. Requeru, ao final, a procedência da demanda, para que seja declarada a nulidade do crédito tributário constituído de ISSQN, objeto do lançamento e do parcelamento, por situação de não incidência, reconhecendo-se a incidência apenas de ICMS sobre a sua atividade. Juntou documentos.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido. O autor interpôs agravo de instrumento. A decisão foi mantida e o recurso foi parcialmente provido, para o fim de assegurar o depósito do valor integral do produto.

Foi determinada a correção do polo passivo da demanda, para passar a figurar o Município de Lagoa Vermelha, uma vez que a Secretaria Municipal não é dotada de personalidade jurídica.



O autor informou nos autos o recolhimento do parcelamento e do tributo. O autor também apresentou emenda a inicial, direcionada, desta vez, ao Município de Lagoa Vermelha.

A emenda da inicial foi recebida.

Citado, o Município contestou a demanda. Informou, inicialmente, que o valor arbitrado pelo Fisco Municipal é referente ao período de julho de 2007 a junho de 2009, sendo que o parcelamento refere-se à Notificação de Lançamento nº 200/2009, dos exercícios de 2004, 2005, 2006 e janeiro de 2007 a junho de 2007, firmado em 26 de março de 2009. Sustentou, assim, estar demonstrado que o autor firmou termo de confissão de dívida e compromisso de pagamento junto ao Município, sendo três no total, todos decorrentes de auditoria fiscal. Destacou, nesse sentido, que o autor, ao confessar os débitos, demonstra o conformismo com a auditoria realizada, beneficiando-se, ainda, com a modalidade de pagamento parcelado. Ademais, argumentou ser legal e, portando, devido, o ISSQN, pela atividade desenvolvida pelo autor, de manipulação e venda por encomenda de fármacos. Assim, requereu a improcedência da demanda, em razão da legalidade da tributação efetivada pelo Município. Juntou documentos.

O autor apresentou réplica.

Ao final, intimadas as partes, não foram requeridas mais provas.

Decido. Fundamentação.

Não há preliminares a examinar.

No mérito, a demanda é improcedente.

Cuida-se de ação anulatória fiscal, por meio da qual a parte autora afirma, em síntese, que, em se tratando de farmácia de manipulação que produz medicamentos e cosméticos, ou seja, mercadorias, descabida a incidência de ISS, apresentando-se abusiva a interpretação ampliada conferida pelo fisco municipal quanto ao item 4.07 da Lista Anexa da Lei Complementar nº 116/2003 (“serviços farmacêuticos”), ao fim de classificar como serviço a comercialização de produtos manipulados. Disse que em consulta fiscal realizada junto à Secretaria Estadual da Fazenda do Rio Grande do Sul, por meio da qual ficou concluído que a atividade de “farmácia de manipulação desenvolvida pela requerente encontra-se dentro do campo de incidência do ICMS” (fl. 04). Invoca o princípio da tipicidade tributária, acrescentando que a pretensão à incidência do ISS na hipótese afronta o princípio da isonomia tributária, uma vez que cria discriminação arbitrária entre a comercialização de medicamentos manipulados e a comercialização de medicamentos industrializados, já que quanto a estes últimos há incidência de ICMS. Refere também que há muito os Tribunais pátrios, como o STJ e o STF, reconhecem que é taxativo o rol de serviços contemplados na lei, de forma que, não estando expressamente prevista a atividade, esta não



pode estar sujeita à incidência do ISS. Colaciona julgados. Ao fim, postulou a declaração da nulidade do crédito tributário constituído de ISSQN, objeto de lançamento pelo demandado.

Assim posta a questão litigiosa pelo demandante, tenho que é caso de improcedência da demanda. Isso porque, analisada a inicial e os documentos que a instruem, verifica-se que a requerente desempenha atividade mista, ou seja, comercializa medicamentos e perfumaria no varejo, bem como presta serviços de manipulação.

Nesse sentido, prevê a cláusula nona do contrato social da demandante que:

“O ramo de atividades da empresa é o comércio varejista de produtos farmacêuticos olopáticos e manipulação”.

E segundo entendimento jurisprudencial, no caso de a empresa exercer atividades e operações mistas, assim entendidas aquelas que agregam mercadorias e serviços, incide o ISSQN sempre que o serviço agregado estiver compreendido na lista de que trata a Lei Complementar 116/2003. Por outro lado, incidirá o ICMS sempre que o serviço agregado não estiver previsto na referida Lista.

Nesse sentido, julgado recente do TJRS:

TRIBUTÁRIO. FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO. ATIVIDADE MISTA E PREVISÃO NA LISTA ANEXA DA LC Nº 116/03. INCIDÊNCIA DO ISS. PRECEDENTES DO STJ. Estando-se diante de atividade mista, que envolve prestação de serviço (manipulação) e fornecimento de mercadoria (medicamento manipulado), mas enquadrada na Lista Anexa da LC nº 116/03 (item 4.07 - "serviços farmacêuticos"), é o que basta, à luz da jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, para definir-se a incidência do ISS e não do ICMS. (Apelação Cível Nº 70045740701, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 09/11/2011).

No caso dos autos, especificamente sobre a legitimidade da incidência do ISSQN sobre produtos manipulados em farmácia e fornecidos mediante encomenda ao cliente, cabe referir que a LC nº 116/2003, no item 4.07, prevê especificamente os **“serviços farmacêuticos”** como serviços prestados e que sobre os quais incidem o ISS.

Nesse sentido, a atividade de manipulação de medicamentos, sem dúvida, consiste em prestação de serviços, sendo que tal serviço, como visto, está previsto na referida Lei complementar como se enquadra como “serviços farmacêuticos”. Isso porque, ainda, à luz da situação fática que se apresenta nos autos, é possível verificar que sobre o fornecimento de medicamentos manipulados pela requerente é indispensável que se apresente um serviço de um farmacêutico. Com efeito, é inegável que ao verbo Manipular está inerente o exercício de uma atividade, de um serviço, que no caso é prestado por um profissional: o farmacêutico. Logo, não se trata de visualizar o produto final



tão-somente como uma mercadoria, sob o ponto de vista da incidência do ICMS. É inegável que nessa cadeia de atividades, o exercício da manipulação de medicamentos também concentra a prestação de um serviço, exercida por um profissional; logo, manipular medicamentos, com fim de venda em farmácias, não se trata de mercadoria, mas, sim, de serviço.

Aliás, o serviço de manipulação cuida-se de serviço privativo de profissional farmacêutico, o que explica ser indispensável, também por isso, a contratação e a presença desses profissionais nos estabelecimentos de farmácia. Em suma, os serviços farmacêuticos que constam no item 4.07 da lista anexa à LC 116/2003, que arrola os serviços sujeitos à incidência do ISSQN, deixa claro que tais serviços excluem, pois, a incidência do ICMS, ao contrário do que tenta sustentar a autora da ação. Portanto, sendo inegável, sendo certo, que atividade de manipulação de medicamentos agrega a prestação de um serviço típico do farmacêutico, sem o qual o produto não poderia ser comercializado, constitui-se a atividade da farmácia de manipulação em uma operação mista, de forma que, nos termos da lei Complementar n. 116/2003, tais serviços de manipulação estão sujeitos à incidência do ISSQN. Nesse sentido, os seguintes precedentes do STJ:

TRIBUTÁRIO. ISS. FARMÁCIAS DE MANIPULAÇÃO. PREPONDERÂNCIA DO SERVIÇO OU DA MERCADORIA. IRRELEVÂNCIA. LISTA DE SERVIÇOS. INCIDÊNCIA EXCLUSIVA DO TRIBUTO MUNICIPAL. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem entendeu incidir exclusivamente o ICMS sobre o preparo, a manipulação e o fornecimento de medicamentos por farmácias de manipulação, pois haveria preponderância da mercadoria em relação ao serviço. 2. 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. 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. (REsp 975.105/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 09/03/2009)

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 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. (REsp 881.035/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/03/2008, DJe 26/03/2008)

E não há que se falar em invasão da competência fiscal dos Estados, pois como dito, a situação concreta dos autos evidencia que não incide, nos serviços de manipulação, o ICMS.

Com efeito, a Constituição Federal, no art. 155, I, b, reservou à competência dos Estados a instituição de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), explicitando, ainda, no § 2º, inc. IX, alínea b, do mesmo dispositivo, que o referido tributo “incidirá também: (...) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios”. De outra parte, no art. 156, IV, reservou à competência dos Municípios a instituição de impostos sobre serviços de qualquer natureza (ISS), não compreendidos no art. 155, b, definidos em lei complementar. Entre os textos mencionados, contrariamente ao sustentado pela autora, não há antinomia. Os primeiros, com efeito, delimitam o campo de incidência do ICMS: operações relativas à circulação de mercadorias, como tal consideradas aquelas em que mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios (caso em que o tributo incidirá sobre o valor total da operação). O último, de sua vez, delinea a área do ISS: serviços de qualquer natureza (não compreendidos no art. 155, I, b, isto é, serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação), definidos em lei complementar.

De tudo se colhe, em suma, o seguinte: (a) sobre operações “puras” de circulação de mercadoria e sobre os serviços previstos no inciso II, do art. 155 da CF (transporte interestadual e internacional e de comunicações) incide ICMS; (b) sobre as operações “puras” de prestação de serviços previstos na lista de que trata a LC 116/03 incide ISSQN; (c) e sobre operações mistas, incidirá o ISSQN sempre que o serviço agregado estiver compreendido na lista de que trata a LC 116/03 e incidirá ICMS sempre que o serviço agregado não estiver previsto na referida lista. Trata-se, como se vê, de normas que convivem em perfeita harmonia, não havendo a menor dificuldade em sua interpretação.

Em conclusão, no caso concreto, a improcedência da demanda se impõe.



Estado do Rio Grande do Sul
Poder Judiciário

Posto isso, JULGO IMPROCEDENTE A DEMANDA ajuizada por Ferri, Hickmann e Cia Ltda em face do Município de Lagoa Vermelha e condeno a parte autora a pagar as custas processuais e honorários advocatícios ao demandado, os quais fixo em 20% sobre o valor da causa atualizada pelo IGP-M, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC.

Publique-se.
Registre-se.
Intimem-se.

Lagoa vermelha, 20 de dezembro de 2011.

Gerson lira
Juiz de Direito