



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2012.0000145627

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Reexame Necessário nº 0003493-84.2010.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE VOTUPORANGA, FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO EX-OFFÍCIO sendo apelado TEIXEIRA E BOLOTARI - VITA ERVA LTDA. - EPP.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "negaram provimento à remessa necessária e ao recurso voluntário da fazenda estadual e deram parcial provimento ao apelo da fazenda municipal de votuporanga para considerar efetuados os pagamentos do tributo (ISSQN) e seja convertida em renda a importância consignada. mantida a sucumbência fixada no decisum, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 9 de abril de 2012.

Guerrieri Rezende
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comarca: Votuporanga
Juiz/Recorrente: Antonio Carlos Francisco
Apelantes: PREFEITURA MUNICIPAL DE VOTUPORANGA E
FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Apelado: TEIXEIRA E BOLOTARI – VITA ERVA LTDA. - EPP

Ementa:

“Consignatória em Pagamento. Empresa que atua no ramo de manipulação de medicamento. Dúvida acerca da competência para o recebimento do tributo (ISSQN e ICMS)

II – O julgamento de ação declaratória proposta pela Fazenda Municipal de Votuporanga surte efeitos no desfecho desta consignatória. Declarando que o produto manipulado não se destina ao comércio, não é disponibilizado no mercado com livre circulação, ao contrário, só pode ser utilizado pelo encomendante, o qual foi elaborado de forma personalizada para aplicação específica ao paciente individualizado. Incidência do ISSQN.

IV – Sentença de procedência. Remessa necessária e recurso voluntário da Fazenda Estadual improvidos. Apelo da Fazenda Municipal de Votuporanga parcialmente provido para considerar efetuados os pagamentos do tributo (ISSQN) e converter em renda a importância consignada. Mantida a sucumbência fixada no decisum.”

VOTO 33.285

1. Ação de consignação em pagamento proposta por Teixeira e Bolotari - Vita Erva Ltda. - EPP em face da Fazenda Municipal de Votuporanga e da Fazenda do Estado de São Paulo,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aduzindo que atua no ramo de manipulação de medicamento e por se tratar de atividade mista de prestação de serviço e fornecimentos de produtos, vinha recolhendo ICMS de competência estadual. Ocorre que foi notificada pela Municipalidade de Votuporanga para recolher o ISSQN. Na dúvida ajuizou a presente demanda a fim de esclarecer a qual das Fazendas Públicas deve recolher o imposto e evitar a dupla tributação sobre o mesmo fato gerador. A sentença de fls. 170/174, cujo relatório se adota, julgou procedente a demanda para declarar extinta a obrigação tributária relativa aos meses efetivamente consignados até aquela data, seja qual for o tributo pago, ressaltando eventuais diferenças verificadas no futuro. Suscitada a remessa necessária. Apela as rés. A Municipalidade de Votuporanga pleiteia a declaração de que sobre os serviços prestados pelas farmácias de manipulação de formulas magistrais e farmacopéicas há incidência de ISSQN e não ICMS, sendo de competência do Município, reputando-se efetuados os pagamentos e convertendo a importância consignada em renda, além da condenação da Fazenda Estadual aos ônus sucumbenciais. A Fazenda do Estado aduz que o imposto devido na manipulação de medicamento é o ICMS, como reconhecido por sentença, em 2007, na ação declaratória proposta pelo Município de Votuporanga e que aguarda julgamento do recurso, e postula a improcedência da ação. Sem contrarrazões e vieram os autos para julgamento.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2. A pretensão da Municipalidade de Votuporanga não comporta guarida, isso porque, a declaração de que sobre os serviços prestados pelas farmácias de manipulação de fórmulas magistrais e farmacopéicas há incidência de ISSQN e não ICMS, já foi objeto da ação por ela proposta e decidida nesta Corte de Justiça, em 28.02.2012, no teor seguinte:

“A questão controvertida não é nova e constitui-se em matéria comumente submetida ao Judiciário.

Com efeito, a Lei Complementar n.º 116/03, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, ao regulamentar a matéria atinente ao ISSQN, determina no item 4.07, que os serviços realizados por empresas de manipulação de produtos farmacêuticos, cuja atividade compreende na aplicação de técnica magistral, no aviamento de fórmulas, com preparo de medicação a destinatário determinado, configuram como prestação de serviços, sujeito à incidência de ISSQN e não ICMS.

Acresce-se, ainda, que o produto manipulado não se destina ao comércio, não é disponibilizado no mercado com livre circulação, ao contrário, só pode ser utilizado pelo encomendante, o qual foi elaborado de forma personalizada para aplicação específica ao paciente individualizado, o que afasta a incidência do ICMS.

Nesse sentido:

*CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DELIMITAÇÃO DA
COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ENTRE ESTADOS E*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MUNICÍPIOS. ICMS E ISSQN. CRITÉRIOS. SERVIÇOS FARMACÊUTICOS. MANIPULAÇÃO DE MEDICAMENTOS. SERVIÇOS INCLUÍDOS NA LISTA ANEXA À LC 116/03. INCIDÊNCIA DE ISSQN.

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

26/03/2008).

Apelação 0006716-15.2010.8.26.0286 Relator: Rodrigues de Aguiar – Comarca: Itu - 15ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 20/10/2011 - Data de registro: 28/10/2011 - Outros números: 67161520108260286 - APELAÇÃO AÇÃO ORDINÁRIA ISS, exercícios de 2006 a 2010 Município de Itu Serviços de manipulação de produtos farmacêuticos Incidência de ISS e não ICMS (LC 116/2003, item 4.07) Precedente do STJ Multa que não se configura confiscatória Denúncia espontânea não caracterizada Sentença mantida RECURSO IMPROVIDO.

0141661-60.2006.8.26.0000 Apelação Com Revisão/DECLARATÓRIA. INEXISTENCIA DE RELAÇÃO JURIDICA Relator: Danilo Panizza - 1ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 28/04/2009 - Data de registro: 01/06/2009 - Outros números: 5182665300, 994.06.141661-8 Ementa: ICMS - DECLARATORIA - FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS - ATIVIDADE CONSISTENTE NA ASSOCIAÇÃO DE COMPONENTES PARA A OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS PRESCRITOS EM RECEITAS MÉDICAS, SUJEITANDO-SE AO RECOLHIMENTO DO ISS. A prestação de serviço personalizado e sob encomenda afasta a incidência do ICMS, constituindo hipótese de incidência do ISS. Reforma da decisão. Recurso provido.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Pelo exposto, voto para dar provimento ao recurso oficial e voluntário da Municipalidade, para julgar procedente a ação declaratória, invertido o ônus sucumbencial.”¹

3. A controvérsia cinge-se sobre qual das Fazendas Públicas recai a competência para o recebimento do tributo (ISSQN e ICMS) devido pela autora que atua no ramo de manipulação de medicamento e por se tratar de atividade mista de prestação de serviço e fornecimentos de produtos.

A superveniência do julgamento do feito em que ficou declarado que “*o produto manipulado não se destina ao comércio, não é disponibilizado no mercado com livre circulação, ao contrário, só pode ser utilizado pelo encomendante, o qual foi elaborado de forma personalizada para aplicação específica ao paciente individualizado, o que afasta a incidência do ICMS*”, surte efeitos no desfecho desta demanda.

Hirta, portanto, a r. sentença ao acolher a demanda e declarar a extinção da obrigação tributária relativa aos meses efetivamente consignados até aquela data, ressaltando eventuais diferenças verificadas no futuro, de modo que há de ser reconhecida a Municipalidade de Votuporanga como parte legítima

¹ Apelação Cível nº 0204901-52.2008.8.26.0000 – Rel. Des. Leonel Costa – cópia fls. 217/221.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

para realizar o levantamento dos valores depositados nos autos.

4. Com base em tais fundamentos, nega-se provimento a remessa necessária e ao recurso voluntário da Fazenda Estadual e dá-se parcial provimento ao apelo da Fazenda Municipal de Votuporanga para considerar efetuados os pagamentos do tributo (ISSQN) e seja convertida em renda a importância consignada. Mantida a sucumbência fixada no *decisum*.

GUERRIERI REZENDE

Des. Relator

CCy
03.12