



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.158.069 - PE (2009/0184593-5)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : LUCIANA ESPÍNDOLA AZEVEDO E OUTRO(S)
AGRAVADO : PHARMA VALE MANIPULAÇÕES LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE
ADVOGADO : ROSÂNGELA DE FÁTIMA JACÓ BATISTA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. SERVIÇOS DE MANIPULAÇÃO DE MEDICAMENTOS. NÃO INCIDÊNCIA. ATIVIDADE QUE CONSTA NA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 118/03. SUBMISSÃO AO ISSQN.

1. Hipótese em que Estado-membro questiona a incidência de ICMS sobre a venda de medicamentos manipulados por farmácia.

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" (REsp. 881.035/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 26.3.2008). No mesmo sentido: REsp 975.105/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 9.3.2009.

3. O que se agrega são os produtos utilizados pelo técnico à consecução de seu ofício, e não, como pretende o agravante, a mercadoria ao serviço por ele executado. Na verdade, o negócio jurídico travado, diga-se, a manipulação de fórmulas medicamentosas sob encomenda, diz respeito à atividade do profissional. O discrímen está na opção daquele que busca a fórmula e privilegia o labor do técnico farmacêutico ao invés de optar pelo medicamento industrializado, dito "de prateleira".

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de abril de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.158.069 - PE (2009/0184593-5)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : LUCIANA ESPÍNDOLA AZEVEDO E OUTRO(S)
AGRAVADO : PHARMA VALE MANIPULAÇÕES LTDA - EMPRESA DE
PEQUENO PORTE
ADVOGADO : ROSÂNGELA DE FÁTIMA JACÓ BATISTA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado de Pernambuco contra decisão, assim ementada:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS SOBRE SERVIÇOS DE MANIPULAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR 116/03. ISSQN. ITEM 4.07 DA TABELA ANEXA. SÚMULA 83/STJ. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

Sustenta-se que deve incidir ICMS, e não ISSQN, sobre a manipulação farmacêutica de medicamentos, uma vez que há preponderância da "aquisição de uma mercadoria" sobre a "prestação de serviço".

Aduz-se que a farmácia de manipulação é apenas substitutiva da farmácia comum e a atividade de manipulação não se insere no item 4.07 da lista anexa à Lei Complementar 116/03.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.158.069 - PE (2009/0184593-5)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. SERVIÇOS DE MANIPULAÇÃO DE MEDICAMENTOS. NÃO INCIDÊNCIA. ATIVIDADE QUE CONSTA NA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 118/03. SUBMISSÃO AO ISSQN.

1. Hipótese em que Estado-membro questiona a incidência de ICMS sobre a venda de medicamentos manipulados por farmácia.

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" (REsp. 881.035/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 26.3.2008). No mesmo sentido: REsp 975.105/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 9.3.2009.

3. O que se agrega são os produtos utilizados pelo técnico à consecução de seu ofício, e não, como pretende o agravante, a mercadoria ao serviço por ele executado. Na verdade, o negócio jurídico travado, diga-se, a manipulação de fórmulas medicamentosas sob encomenda, diz respeito à atividade do profissional. O discrímen está na opção daquele que busca a fórmula e privilegia o labor do técnico farmacêutico ao invés de optar pelo medicamento industrializado, dito "de prateleira".

4. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Agravo regimental em que se aduz incidir ICMS, e não ISSQN, sobre os serviços de manipulação de remédios por profissional habilitado em farmácia de manipulação.

Diversamente do sustentado pelo agravante, os serviços de manipulação de medicamentos aviados por força de receita não se inserem no conceito de mercadoria fornecida com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios.

Isso porque o serviço de farmacêutico está elencado no item 4.07 da lista anexa à Lei Complementar 116/03. Compreende o ofício de manipular fórmulas específicas por meio de receitas.

O que se agrega são os produtos utilizados pelo técnico à consecução de seu ofício, e não, como pretende o agravante, a mercadoria ao serviço por ele executado. Na verdade, o negócio jurídico travado, diga-se, a manipulação de fórmulas medicamentosas sob encomenda, diz respeito à atividade do profissional. O discrímen está na opção daquele que busca a fórmula e privilegia o labor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do técnico farmacêutico ao invés de optar pelo medicamento industrializado, dito "de prateleira".

Daí entender-se que a formulação de medicamento por profissional de farmácia se amolda ao conceito disposto no § 2º do artigo 1º da Lei Complementar 116/2003, pois, afastando-se o serviço, ou seja, a conduta humana, não há sequer negócio jurídico, só compostos químicos desagregados.

Confira-se a leitura desse dispositivo:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

[...]

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

De fato, a aplicação do referido dispositivo coaduna-se com o que dispõe o inciso IV do artigo 2º da Lei Complementar 87/96, pois o ICMS só deve incidir quando se fornece mercadoria com a prestação de um serviço que não esteja elencado na competência tributária dos Municípios:

Art. 2º O imposto incide sobre:

[...]

IV – fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios.

Por fim, não se pode olvidar o voto proferido pelo eminente Ministro Teori Albino Zavascki no REsp 881.035/RS (DJ 26.3.2008) julgado pela Primeira Turma, no qual esmiuçou a *quaestio juris* da seguinte forma:

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.

3. À luz desses critérios examine-se o caso concreto, em que se questiona qual o imposto (ICMS ou ISSQN) pode ser cobrado sobre o fornecimento de medicamentos manipulados em farmácia. Trata-se, sem dúvida, de operação mista, já que envolve prestação de serviço (manipulação) e fornecimento de mercadoria (o medicamento manipulado). Realmente, as farmácias são estabelecimentos não apenas destinados ao comércio, mas também à prestação de serviços. Segundo dispõe o art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4º da Lei 5.991/73, que trata do controle sanitário do comércio de drogas, considera-se farmácia o "estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica". Manipular é um verbo que designa o exercício de uma atividade. Portanto, manipulação é serviço e não mercadoria. Trata-se, na verdade, de serviço privativo de profissional farmacêutico, o que explica a indispensabilidade da contratação e da presença desses profissionais nos estabelecimentos de farmácia. Já dispunha o artigo 2º do regulamento anexo ao Decreto 20.377/31, ao tratar da profissão farmacêutica, que "O exercício da profissão farmacêutica compreende: a) a manipulação e o comércio dos medicamentos ou remédios magistrais; b) a manipulação e o fabrico dos medicamentos galênicos e das especialidades farmacêuticas; (...)". Da mesma forma, o Decreto 85.878/81, ao regulamentar a Lei 3.82/60, que instituiu o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Farmácia, dispôs: "Art 1º São atribuições privativas dos profissionais farmacêuticos: I - desempenho de funções de dispensação ou manipulação de fórmulas magistrais e farmacopéicas, quando a serviço do público em geral ou mesmo de natureza privada; (...)".

Ora, os serviços farmacêuticos constam do item 4.07 da lista anexa à LC 116/03, que arrola os serviços sujeitos à incidência do ISSQN. Assim, estabelecido que o fornecimento de medicamentos manipulados constitui operação mista, que agrega necessária e substancialmente a prestação de um típico serviço farmacêutico, não há dúvida de que, a partir da vigência da referida Lei Complementar, tal operação não está sujeita a ICMS mas sim a ISSQN. Ao decidir em sentido contrário o acórdão recorrido violou o art. 2º, IV da LC 87/96 e o art. 1º, § 2º da LC 116/03.

No mesmo sentido:

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, Segunda Turma, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Herman Benjamin, DJe de 9.3.2009).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0184593-5

**AgRg no
REsp 1158069 / PE**

Números Origem: 1305311 2332004047678 331010219

EM MESA

JULGADO: 20/04/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. MÁRCIA ARAUJO RIBEIRO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : LUCIANA ESPÍNDOLA AZEVEDO E OUTRO(S)
RECORRIDO : PHARMA VALE MANIPULAÇÕES LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE
ADVOGADO : ROSÂNGELA DE FÁTIMA JACÓ BATISTA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ISS/ Imposto sobre Serviços

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : LUCIANA ESPÍNDOLA AZEVEDO E OUTRO(S)
AGRAVADO : PHARMA VALE MANIPULAÇÕES LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE
ADVOGADO : ROSÂNGELA DE FÁTIMA JACÓ BATISTA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de abril de 2010

MÁRCIA ARAUJO RIBEIRO
Secretária