



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.212.016 - PE (2009/0150987-6)

RELATOR : **MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO**
AGRAVANTE : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORA : INGRID PATRICIA FELIX DA CRUZ E OUTRO(S)
AGRAVADO : VASCONCELOS VILAÇA FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO
LTDA
ADVOGADO : GUSTAVO GALVÃO E OUTRO(S)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRADO DE INSTRUMENTO. ISSQN. SERVIÇOS FARMACÊUTICOS. MANIPULAÇÃO DE MEDICAMENTOS. SERVIÇOS CONSTANTES NO ITEM 4.07 DA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003.

1. O fornecimento de medicamentos manipulados, entendido como uma operação mista, ou seja, que agrega mercadoria e serviço, está sujeito a ISSQN e, não, a ICMS, tendo em vista que é atividade equiparada aos "serviços farmacêuticos", expressamente previstos no item 4.07 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003. Precedentes.
2. Agravo regimental improvido.

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 Teori Albino Zavascki e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília, 25 de maio de 2010 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalho, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.212.016 - PE (2009/0150987-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Agravo regimental contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento contra inadmissão do recurso especial interposto pelo Estado de Pernambuco, à incidência do enunciado nº 83 da Súmula de jurisprudência desta Corte Federal Superior.

Alega o agravante que:

"(...)

Em que pese a argumentação da r. decisão, tal entendimento, permissa vênua, não merece prosperar. Como se pode observar a decisão levou em consideração tão somente o fato de constar ou não o medicamento de manipulação farmacêutica na lista anexa à Lei Complementar n. 116/03.

Ocorre que no caso em análise tão observação meramente objetiva não consegue dirimir a lide de modo que perceba as várias nuances que envolvem o tem. A questão a ser dirimida é complexa e diz respeito à incidência ou não incidência de ICMS na manipulação farmacêutica de medicamentos e cosméticos. Quando a decisão afirma que o fornecimento de medicamentos manipulados encerra uma operação mista sob a incidência de ISSQN, não observa o pormenor da preponderância, ou seja, não verifica que apesar de haver uma prestação de serviço, a preponderância se dá na aquisição de uma mercadoria, como exaustivamente demonstrado nas razões do agravo (fls. 111 e segs.)

O certo é que, após o aviamento da receita de manipulação, o que o consumidor adquire é sem sombra de dúvida um produto, uma mercadoria. Não se busca na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manipulação o manipulante em si, nem sua prestação de serviço, mas o produto final que este oferece. Desta feita a farmácia de manipulação de certo modo apenas é substitutiva da farmácia comum, e atualmente se observa que vários são os produtos que de forma idêntica são vendidos em ambas, com a diferença que na farmácia de manipulação é possível maior gama de escolhas, mas tal fato não desnatura a característica de similitude do produto final.

(...)" (fl. 307).

Sustenta, ainda, que *"(...) a atividade de manipulação de medicamentos sob encomenda não se insere no item 4.07 da lista anexa à Lei Complementar n. 116/03, que sujeita apenas os serviços farmacêuticos, e não de manipulação."* (fls. 307/308).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.212.016 - PE (2009/0150987-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Senhor Presidente, o agravo regimental não merece provimento.

É esta a letra do acórdão recorrido:

"(...)

O cerne da questão está restrito a incidência ou não do ICMS na manipulação de medicamentos e cosméticos através de serviços farmacêuticos pelo ora agravado.

Na hipótese, o ora agravante defende a cobrança do ICMS sob o fundamento de que as operações realizadas pela empresa agravada configuram circulação de mercadorias, e não uma prestação de serviços, de molde a ficar afastada a incidência do ISS.

Segundo o art. 1º da LC nº 116/03, o ISS tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista acostada à disposição legal, ainda que esses serviços não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Outrossim, resta claro que ressalvadas as exceções expressas na lista supramencionada, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias, consoante disposição expressa do art. 1º, § 2º da LC nº 116/03.

No caso concreto, faço ver que a manipulação e fornecimento de medicamentos constituem atividade típica de farmacêutico, restando incontroverso que o imposto correspondente é o ISS, de competência municipal, entendimento este alicerçado pela LC nº 116/03, que na lista de serviços afetos ao ISSQN, inclui os serviços farmacêuticos no item 4.07.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim vem entendendo o STJ, senão vejamos:

'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. 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. 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. Recurso provido. Recurso provido.' (REsp 881035/RS, T1, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 26/03/2008).

(...)" (fls. 55/56 - nossos os grifos).

Ao que se tem, decidiu o acórdão que deveria incidir ISSQN, e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não ICMS, sobre o serviço de manipulação e fornecimento de medicamentos, tendo em vista que "(...) *constituem atividade típica de farmacêutico (...)*", sendo certo, ainda, que "*na lista de serviços afetos ao ISSQN, inclui os serviços farmacêuticos no item 4.07.*" (fl. 55).

Está o agravante em que a decisão agravada, ao manter o entendimento do Tribunal estadual, "*não observa o pormenor da preponderância, ou seja, não verifica que apesar de haver uma prestação de serviço, a preponderância se dá na aquisição de uma mercadoria*". (fl. 307).

Quanto ao ponto, é esta, por oportuno, a letra do artigo 1º, parágrafo 2º, da Lei Complementar nº 116/2003:

*"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." (nossos os grifos).

Tem-se, assim, pois, ao que se infere do referido dispositivo legal, que deve incidir o ISSQN sobre aqueles serviços constantes da lista anexa à aludida Lei Complementar "*ainda que não se constituam atividade preponderante do prestador*".

E o fornecimento de medicamentos manipulados, entendido como uma operação mista, ou seja, que agrega mercadoria e serviço, está sujeito à incidência do ISSQN, e, não do ICMS, tendo em vista que os "*serviços*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

farmacêuticos" estão expressamente previstos no item 4.07 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03.

É nesse mesmo sentido o entendimento das Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, como se infere dos seguintes julgados:

"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'.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no REsp 1158069/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 03/05/2010 - nossos os grifos).

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 975105/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 09/03/2009 - nossos os grifos).

"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,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 881035/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/03/2008, DJe 26/03/2008 - nossos os grifos).

Gize-se, ademais, que não prospera o argumento de que "a atividade de manipulação de medicamentos sob encomenda não se insere no item 4.07 da lista anexa à Lei Complementar n. 116/03, que sujeita apenas os serviços farmacêuticos, e não de manipulação" (fls. 307/308).

Veja-se, a propósito, o seguinte trecho do voto do ilustre Ministro Teori Albino Zavascki, acima citado, que, nesse tanto, se amolda perfeitamente à espécie:

"(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(...)" (fls. 8/9 - nossos os grifos).

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É O VOTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0150987-6

AgRg no
Ag 1212016 / PE

Números Origem: 125635101 1916774

EM MESA

JULGADO: 25/05/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAMILTON CARVALHIDO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : ANSELMA NUNES BANDEIRA DE MELO E OUTRO(S)
AGRAVADO : VASCONCELOS VILAÇA FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO LTDA
ADVOGADO : GUSTAVO GALVÃO E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORA : INGRID PATRICIA FELIX DA CRUZ E OUTRO(S)
AGRAVADO : VASCONCELOS VILAÇA FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO LTDA
ADVOGADO : GUSTAVO GALVÃO 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.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília, 25 de maio de 2010

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA
Secretária