



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Físico nº: 0011866-05.2013.8.26.0566
 Classe - Assunto: Embargos À Execução Fiscal - Efeito Suspensivo / Impugnação / Embargos à Execução
 Embargante: Porto Bianco Industria e Comercio de Produtos Farmaceuticos Ltda
 Embargado: Fazenda Publica do Estado de São Paulo

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Daniel Felipe Scherer Borborema

Porto Bianco Indústria e Comércio de Produtos Farmacêuticos Ltda opõe embargos à execução fiscal que lhe move a Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Sustenta: (a) que comercializa produtos farmacêuticos, tanto adquiridos de distribuidores e revendidos quando manipulados no próprio estabelecimento; (b) que em 13.08.08 foi autuada porque, segundo o fisco (1) "no recinto de atendimento ao público, existiam três impressoras não fiscais, não integradas ao ECF e sem autorização do fisco" (2) entre janeiro.07 e julho.08 creditou-se indevidamente de valores destacados em notas fiscais de energia elétrica e de serviços de comunicação (3) entre janeiro.07 e julho.08, deixou de emitir cupons fiscais relativos a vendas de mercadorias retiradas no próprio estabelecimento pelos compradores; (c) que está sofrendo bitributação pela manipulação e venda de produtos farmacêuticos, vez que o fisco municipal está cobrando ISS e o estadual ICMS, o que ensejou a propositura de ação consignatória, processo nº 566.01.2009.015755-6, na qual decidiu-se pela incidência do ISS; (d) que por tal razão não é devido ICMS sobre o serviço de manipulação de medicamentos, mesmo em razão do disposto no Item 4.07 da LC nº 116/2003; (e) que a aquisição de energia elétrica e serviços de telecomunicação gera direito ao crédito mesmo que destinados ao uso ou consumo, pois a Constituição Federal não faz qualquer restrição, de maneira que os dispositivos do RICMS e o art.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

20 e 33 da LC nº 87/66 que a estabelecem são inconstitucionais; que ainda que assim não fosse, interpretação conforme à Constituição Federal exige que todos os insumos necessários ao desenvolvimento de processo equiparável ao de industrialização geram direito ao crédito; nas farmácias de manipulação os serviços de telecomunicação e de energia elétrica são "insumos essenciais e indispensáveis"; (f) que o Convênio ECF 1/98 e o RICMS/2000 (no art. 251) extrapolaram, em relação à implementação do Emissor de Cupom Fiscal – ECF, o disposto nos arts. 61-63 da Lei nº 9.532/97, e são de duvidosa constitucionalidade; (g) que as próprias regras da Lei nº 9.532/97 afrontam o princípio federativo; (h) que o Convênio ECF/98 disciplinou matéria estranha aos convênios, tendo em vista o disposto no art. 155, § 2º, XII, "g" da CF/ c/c a LC nº 24/75; (i) que o art. 67 da Lei nº 6.374/89, no § 2º, estabelece que incumbirá à Secretaria da Fazenda o ônus econômico de "outro impresso fiscal por ela fornecido", norma inobservada pelo arcabouço normativo infra-legal, que transferiu ao contribuinte, ao menos parcialmente, o encargo de custear a implementação do ECF; (j) que a multa punitiva viola o princípio do não-confisco e da proporcionalidade; (l) que os juros moratórios não podem ser em índice superior à Selic.

Em impugnação aos embargos, alega a embargada, às fls. 98/142 (a) que a consignação em pagamento não influi na autuação fiscal, fundamentada no descumprimento de obrigações acessórias e apropriação indevida de créditos de ICMS (b) que a autuação refere-se a período no qual a embargante era contribuinte apenas de ICMS, não de ISS, período anterior à consignatória (c) indevido o creditamento de ICMS em relação aos serviços de telecomunicações ou energia elétrica no caso porquanto o que a Constituição Garante é o crédito físico, e não o financeiro, do imposto; no caso a embargante é empresa comercial, não industrial, sendo inequívoco o fato de que não utiliza a energia elétrica e comunicação para produzir os produtos que vende; (d) constitucionalidade e legalidade das normas que implementaram o ECF (e) proporcionalidade da multa punitiva (f) constitucionalidade dos juros.

Sobre a impugnação manifestou-se a embargante, fls. 431/433.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Laudo pericial às fls. 463/470.

Manifestaram-se as partes.

É o relatório. Decido.

Julgamento Antecipado:

Julgo o pedido na forma do art. 17, parágrafo único d LEF c/c art. 355, I do NCPC, uma vez que não há necessidade de produção de outras provas, valendo lembrar que, "presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder" (STJ, REsp 2.832-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 04/12/91).

Consignação em Pagamento:

A ação de consignação em pagamento, cuja sentença está transcrita às fls. 87/88, tem por objeto operações posteriores às que estão em discussão nos presentes autos. Consequentemente, a sentença lá proferida não repercute aqui.

Tributo devido na Manipulação de Medicamentos:

O Item 4.07 da LC nº 116/2003 prevê os "serviços farmacêuticos" entre os sujeitos ao ISS, e justamente por isso o serviço de manipulação de medicamentos deve ser tributado pelo ISS, não pelo ICMS.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

SERVIÇOS DE MANIPULAÇÃO DE MEDICAMENTOS.
 INCIDÊNCIA. ATIVIDADE QUE CONSTA NA LISTA ANEXA À LEI
 COMPLEMENTAR 118/03. SÚMULA 83/STJ. JURISPRUDÊNCIA
 DOMINANTE. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. NÃO
 OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. PRESERVAÇÃO
 POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1.
 Discute-se nos autos a incidência do ISSQN na atividade de manipulação
 de fórmulas farmacêuticas. 2. Defende a recorrente que as atividades



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

desempenhadas pelas farmácias de manipulação não se inserem no campo de incidência da referida exação, por expressa vontade do legislador, quando da elaboração da Lei Complementar n. 116/2003, que em momento algum mencionou a manipulação de fórmulas no subitem 4.07 da lista anexa de serviço, como hipótese de incidência do tributo municipal. 3. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que o fornecimento de medicamentos manipulados, operação mista que agrega mercadoria e serviço, está sujeito a ISSQN e, não, o ICMS, tendo em vista que é atividade equiparada aos "serviços farmacêuticos". (...) (AgRg no REsp 1447225/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 07/05/2015)

No caso dos autos, observamos no laudo pericial, fls. 464/468, que a embargante, no desempenho de suas atividades (a) vende medicamentos / mercadorias adquiridos de outras empresas: tais operações são tributadas pelo ICMS (b) vende também medicamentos manipulados, segundo a necessidade e prescrição específica de seus clientes.

Equivocou-se a fazenda estadual ao tributar também as operações do item "b", o que podemos observar a partir da simples comparação entre a Tabela de fls. 150 – elaborada pelo fisco – e a tabela de fls. 465/466 – elaborada pelo perito.

Há excesso de execução.

O montante devido deverá ser recalculado pela fazenda pública, adotando-se os parâmetros da tabela de fls. 150, com uma única alteração nos dados (que, logicamente, afetará o resultado dos cálculos subsequentes pertinentes a tributos e encargos): na coluna "Vendas Demonstrativo Resumo Movimento Geral B", os valores de cada mês deverão ser substituídos pelos indicados pelo perito, na tabela de fls. 465/466, na coluna "Varejo".

Frise-se que não há qualquer importância no argumento fazendário no sentido de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

que, à época dos fatos, inexistia a "dúvida" sobre o credor. Dúvida é questão subjetiva, desimportante para a definição do ente tributante competente para o lançamento. Se não há a competência tributária, o tributo não é devido, mesmo que o contribuinte não tenha formulado dúvida a respeito. Pois o lançamento é atividade vinculada e o que lhe dá suporte é o ordenamento jurídico.

Crédito de Aquisição de Energia Elétrica e Serviços de Comunicação:

Na perspectiva ontológica e mesmo linguística, inequívoco a atividade da embargante, de manipulação de medicamentos para a venda, à atividade industrial, com todas as vênias.

Não poderá o Poder Judiciário, a pretexto de aplicar a isonomia tributária ou concretizar a não-cumulatividade – tese da embargante –, afastar-se das diretrizes normativas que regem a matéria em discussão, para estender à atividade comercial um direito assegurado à industrial.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, o STF:

(...) 2. A inexistência de direito a crédito de ICMS pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, de utilização de serviços de comunicação ou de aquisição de bens destinados ao ativo fixo e de materiais de uso e consumo não viola o princípio da não cumulatividade. De igual modo, não ofendem o princípio da não cumulatividade a modificação introduzida no art. 20, § 5º, da LC 87/96, e as alterações ocorridas no art. 33 da mencionada lei. 3. O Poder Judiciário não pode atuar na condição de legislador positivo, para, com base no princípio da isonomia, desconsiderar os limites objetivos e subjetivos estabelecidos na concessão de benefício fiscal, de sorte a alcançar contribuinte não contemplado na legislação aplicável, ou criar situação mais favorável ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

contribuinte, a partir da combinação – legalmente não permitida – de normas infraconstitucionais. (...) (ARE 710026 ED, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ªT, j. 07/04/2015)

Inexiste inconstitucionalidade na LC 87/96, nem se aplica, aqui, o instituto da interpretação conforme à Constituição Federal.

Emissor de Cupom Fiscal:

Os arts. 61 e 62 da Lei nº 9.532/1997 impuseram às empresas que exercem a atividade de venda ou revenda de bens a varejo, e às empresas prestadoras de serviços, o dever de utilizar o equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF.

O art. 63 da mesma lei estabeleceu que convênio a ser celebrado entre a União e as Unidades Federadas, representadas estas pelo Conselho de Política Fazendária, regulamentaria a aplicação da norma.

Com todas as vênias à embargante, "a utilização do Programa Aplicativo Fiscal Emissor de Cupom Fiscal é uma obrigação acessória, e como tal, pode ser instituída por convênio e ratificada por decreto estadual (CTN, art. 100, IV)" (STJ, RMS 38.118/RR, Rel. Min. ARI PARGENDLER, 1ªT, j. 27/11/2012)

Cabe lembrar que lei federal pode disciplinar a questão, ante a competência concorrente inscrita no art. 24, I da Constituição Federal, com a possibilidade de estabelecimento de normas gerais, nos termos do § 1º do mesmo dispositivo.

O ECT vem para substituir, com vantagens a todos, a anacrônica nota fiscal, e há amparo para a sua cobrança também no âmbito estadual, especificamente no art. 67, caput e § 2º da Lei Estadual nº 6.374/89.

Tem-se, pois, que "não há inconstitucionalidade nem ilegalidade na obrigatoriedade imposta em Regulamento do ICMS, no sentido de que, na operação de venda de mercadoria a varejo e na prestação de serviços, quando a mercadoria for destinada a consumo ou o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

serviço utilizado pelo próprio consumidor ou usuário, ressalvadas as hipóteses previstas no próprio regulamento, seja a emissão de documento fiscal feita por equipamento emissor de cupom fiscal (ECF)." (STJ, RMS 13.930/MG, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, 1ªT, j. 07/05/2002).

Já no que diz respeito ao ônus econômico de implementação do ECF, é questão sem relevância para o estrito objeto dos embargos. Se a transferência do ônus ao contribuinte foi indevida, cabe, eventualmente, ação de ressarcimento que, porém, não afetaria a obrigação acessória em si, permanecendo esta hígida e autorizando as sanções fiscais pelo descumprimento.

Multa:

A multa imposta foi de 20%, percentual que, com a devida vênia, nem em tese viola o princípio do não-confisco ou a proporcionalidade.

Juros Moratórios:

No concernente aos juros moratórios, o Órgão Especial do TJSP, em 27.02.13, acolheu em parte a Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, relativa aos arts. 85 e 96 da Lei Estadual n. 6374/89 com a redação da Lei Estadual n. 13.918/09, à vista da decisão de 14.04.10 do STF na ADI n. 442/SP (no sentido de que a regra do art. 113 da Lei Estadual n. 6374/89 deve ser interpretada de modo a que a UFESP não exceda o valor do índice de correção monetária dos tributos federais).

Trata-se de interpretação conforme a CF, importando na impossibilidade de o Estado estabelecer encargos sobre seus créditos fiscais superiores aos da União Federal quanto a seus créditos, por tratar-se competência concorrente (art. 24, I e § 2º da CF).

Síntese: a taxa de juros moratórios estadual não pode exceder aquela incidente na cobrança das dívidas federais. Hoje, a taxa que incide nas dívidas federais é a SELIC, sendo esta, então, o limite.

Por outro lado, cumpre frisar que a cobrança de juros inconstitucionais não leva à nulidade de todo o lançamento tributário, gerando, tão-somente, a necessidade de, em razão do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

excesso, os juros serem reduzidos, prosseguindo-se com a execução.

Como observado pelo STJ em caso análogo: "(...) A simples declaração de inconstitucionalidade não afeta, de modo apriorístico, a certeza e liquidez da CDA, podendo atingir, se muito, o quantum a ser executado em face da redução proporcional do valor do título. Portanto, não pode o juiz, nesse caso, extinguir a execução de ofício, porque, ainda que inexigível parte da dívida, esse fato não configura condição da ação ou pressuposto de desenvolvimento válido do processo. (...) (REsp 1196342/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 10/12/2010)

Com efeito, deve ser aproveitado o título executivo, eis que destacável o valor indevido, mediante simples apuração aritmética, sem perda de liquidez e certeza.

Nesse sentido, ainda, o REsp 1115501/SP, Rel. MIn. LUIZ FUX, 1ªS, j. 10/11/2010, no qual são citados inúmeros precedentes daquele tribunal, com a mesma orientação.

Ante o exposto, ACOLHO EM PARTE os embargos para (a) reconhecendo excesso de execução, limitar a taxa de juros moratórios aplicada ao crédito objeto da execução fiscal à taxa de juros moratórios utilizada pela União Federal na cobrança de seus créditos (b) reconhecendo excesso de execução, excluir do lançamento fiscal a tributação com amparo nas operações relativas à manipulação de medicamentos.

Transitada em julgado, a fazenda pública deverá, nos autos principais, recalculer o valor devido (a) limitando a taxa de juros moratórios nos termos do item "a" acima" (b) alterando, na tabela de fls. 150, os valores lançados na coluna "Vendas Demonstrativo Resumo Movimento Geral B", que deverão ser substituídos, em cada mês, pelos indicados pelo perito, na tabela de fls. 465/466, na coluna "Varejo", alteração esta que deverá, logicamente, repercutir não só sobre o tributo devido, mas também sobre os encargos incidentes, ou seja, atualização monetária, multa, juros e honorários advocatícios.

O proveito econômico obtido pela embargante corresponde razoavelmente à



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

metade do montante em execução, daí porque será adotado, com estimativa, o correspondente a metade do valor atualizado da causa. O valor atualizado até esta data é R\$ 2.031.330,31, sendo que metade equivale a R\$ 1.015.665,15.

Os honorários são arbitrados, em atenção aos parâmetros dos incisos do § 2º do art. 85, e à regra do § 5º do mesmo dispositivo, da seguinte forma (a) sobre R\$ 176.000,00, ou 200 salários mínimos, no percentual de 10%, correspondente a R\$ 17.600,00 (b) sobre o que excedeu R\$ 176.000,00 até R\$ 1.015.665,15, ou seja, R\$ 839.665,15, no percentual de 8%, R\$ 67.173,21.

Os honorários devidos aos patronos da embargante correspondem, pois, nesta data, a R\$ 84.773,21, nos quais fica condenada a embargada.

P.R.I.

São Carlos, 06 de maio de 2016.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA