

**PROCESSO** - A. I. Nº 148593.0001/11-7  
**RECORRENTE** - DSL DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0197-01/11  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** - 28/07/2014

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0176-12/14

**EMENTA:** ICMS. SAÍDAS DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO E PAGAMENTO DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovada a irregularidade do procedimento adotado pelo sujeito passivo, no que se refere às operações de saídas interestaduais de medicamentos quimioterápicos, normalmente tributáveis. A exclusão dos valores relativos a devoluções reduz o montante do débito. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhida a preliminar suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/03/2011 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$643.521,16, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

**INFRAÇÃO 01** – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Total da Infração: R\$90.796,01 (Período. maio a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009 e Janeiro a dezembro de 2010, multa de 60%).

Consta na descrição dos fatos as seguintes observações:

*“A empresa deixou de recolher o ICMS, pois escriturou no Livro de Registro de Saídas dos anos de 2008 2009 e 2010 as operações referente às Notas Fiscais de sua emissão, relacionadas nas Tabelas 1, 2 e 3 anexas, como operações sem débito do imposto, quando realmente trata-se de operações tributadas pelo ICMS. Ressalte-se que apenas as operações internas com medicamentos quimioterápicos usados no tratamento de câncer tem direito à isenção do ICMS, ficando as operações interestaduais com estes produtos tributadas normalmente. As Tabelas acima citadas passam a fazer parte integrante desta Auto de Infração, juntamente com todo o restante da documentação que compõe o Processo Administrativo Fiscal. A fiscalização ocorreu em atendimento a Denúncia Fiscal nº 21274/10.”*

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 1ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

### “VOTO

*O presente lançamento decorreu do fato de o contribuinte ter praticado operações tributáveis pelo ICMS, regularmente escrituradas, considerando-as como isentas do imposto, referindo-se à comercialização interestadual de produtos quimioterápicos utilizados no tratamento de câncer.*

*O contribuinte amparou a sua impugnação, apresentando as seguintes alegações: que comercializava apenas para hospitais, clínicas e órgãos públicos, não destinando as mercadorias a consumidor final; que de acordo com o Convênio ICMS 34/96, as operações internas, tanto efetuadas na Bahia, como nos Estados destinatários, gozavam de isenção; que através do Parecer nº 00465/2010, a Secretaria Estadual da Fazenda, em idêntica situação, se posicionou pela isenção também nas operações interestaduais; que os seus fornecedores praticavam a isenção nas operações a ele destinadas; e que a Súmula 657 do STF e decisões dos tribunais superiores indicam a possibilidade jurídica de se ampliar o alcance das normas de isenção tributária.*

*Ressalto que de acordo com a bem fundamentada informação fiscal prestada pelos autuantes, esses argumentos não têm o condão de afastar a imputação. Assim é que, a documentação acostada aos autos mostra que o impugnante tanto comercializa mercadorias para não contribuintes do ICMS, a exemplo de hospitais e clínicas, como também para contribuintes regulares desse tributo.*

*A leitura do Parecer da DITRI/SEFAZ de nº 00465/2010, de forma contrária à interpretação dada pelo autuado, mostra que, na verdade, a orientação no sentido de não se tributar as saídas interestaduais diz respeito apenas às vendas para estados signatários de acordos interestaduais, nos quais haja previsão na legislação tributária quanto à isenção, quando não se fará a retenção do imposto. Ocorre que, em relação à parcela do ICMS decorrente da saída interestadual (ICMS próprio), foi dito, de forma clara, que o tratamento é no sentido de tributar a operação, haja vista que tanto com base no art. 17, inciso IV do RICMS/BA, como no Convênio ICMS 34/96, apenas há previsão de isenção em relação às operações internas, e nos estados que contenham disposição legal nesse sentido.*

*E, para corroborar esse entendimento, os autuantes trouxeram à colação o texto do Parecer da DITRI/SEFAZ nº 09961/2010, que esclarece definitivamente esta questão, mostrando que não tem nenhuma sustentação a tese da defesa de que as operações interestaduais gozariam do citado benefício.*

*Quanto à afirmação do contribuinte que os seus fornecedores, que se localizam em outros estados, não tributavam as operações a ele destinadas, uma análise das notas fiscais acostadas ao processo mostra que, na verdade, todas as aquisições desse tipo são normalmente tributadas.*

*No que concerne à Súmula 657 do STF e a algumas decisões do STF e do STJ, ressalto que não guardam correlação com a presente discussão, referindo-se a mercadorias e situações totalmente distintas.*

*Observe que ao tratar sobre os valores apurados pela Fiscalização, o sujeito passivo apresentou cinco linhas de argumentação, pleiteando uma redução dos montantes do imposto apurado, as quais foram devidamente contestadas pelos autuantes, de modo que concordo inteiramente com a correspondente análise, conforme resumo que apresento em seguida.*

*Quanto às vendas para órgãos da administração pública, saliento que os fármacos “paclitaxel”, “topotecano”, “ácido zoledrônico”, “imunoglobulina antiRHD” e “clopidogrel”, que constam em muitas das notas fiscais citadas pelo autuado, não restou comprovado não se encontram indicados no Anexo Único do Convênio 87/02. Além disso, mesmo que essa situação fosse demonstrada pelo autuado, ainda assim, de acordo com os dispositivos do RICMS/BA que transcrevo abaixo, para que as operações fossem isentas, o fornecedor deveria descontar do preço da mercadoria, até 30/04/2010, ou do preço da licitação, a partir de 01/05/2010, o valor equivalente ao imposto que seria devido, constando tal observação no documento fiscal. Como nas notas fiscais citadas pelo autuado não foi apontada tal condição, realmente não faz jus à isenção. Já em relação às Notas Fiscais de nºs 3.611 e 5.340, os autuantes demonstraram que não foram incluídas na autuação.*

*“Art. 17. São isentas do ICMS as operações com medicamentos e outros produtos farmacêuticos de uso humano:*

*...*

*VIII - até 31/12/12, as operações realizadas com os fármacos e medicamentos, relacionados no anexo único do Conv. ICMS 87/02, destinados a órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal e às suas fundações públicas, observado o disposto no § 2º (Conv. ICMS 87/02);*

*...*

*§ 2º A isenção prevista no inciso VIII deste artigo fica condicionada a que:*

*...*

*Redação originária, efeitos até 30/04/10:*

*“III - o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal;”*

*...*

*V - nos processos de licitação, o valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, contido nas propostas vencedoras do referido processo licitatório, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal.*

*Nota: O inciso V foi acrescentado ao § 2º do art. 17 pela Alteração nº 134 (Decreto nº 12080, de 01 e 02/05/10. DOE de 01 e 02/05/10), efeitos a partir de 01/05/10.”*

*No caso das remessas em consignação, como se tratam de operações normalmente tributáveis, conforme dispõe o art. 409 do RICMS/BA, cabendo, inclusive, a utilização do crédito fiscal pelo destinatário, não assiste razão ao autuado. Ademais, quanto à alegação da possibilidade de cobrança do imposto em duplicidade, ressalto que o impugnante não trouxe na sua defesa e nem mesmo na assentada do julgamento, nenhum elemento de prova a dar amparo à sua argumentação nesse sentido.*

*No que concerne a bonificações, tendo em vista a previsão contida no art. 54, inciso I, alínea “a” do RICMS/BA, da inclusão dos valores correspondentes na base de cálculo do ICMS, inclusive nas operações interestaduais, tais operações de saída são tributadas.*

*Quanto às operações de simples remessa, observo que como se referem a saídas interestaduais, são normalmente tributáveis, não tendo porque se efetuar a exclusão dos valores, conforme pleiteado.*

*Ressalto que a única situação em que assistiu razão ao defendente se referiu às devoluções de compras e empréstimos, tendo em vista que correspondem a operações de saídas interestaduais tributadas normalmente, porém nos cálculos realizados os autuantes haviam utilizado a alíquota interna, quando a correta seria a interestadual. De forma acertada, os autuantes revisaram os cálculos, haja vista que deve ser aplicada a mesma alíquota incidente na entrada das mercadorias devolvidas. Além disso, foram corrigidos outros equívocos, em relação às Notas Fiscais 238, 3.004, 3.005 e 4.366, também de devolução e devoluções de mercadorias remetidas em consignação, por não serem operações de saídas. Já a Nota Fiscal 2.385 não se trata de devolução e sim de venda, CFOP 6102.*

*Considerando que após os ajustes realizados, ocorreram alterações apenas em uma parcela dos períodos contemplados na autuação, apresento na tabela abaixo os novos valores a serem exigidos em relação aos meses que sofreram modificações, enquanto que nos demais períodos ficam mantidos os valores originalmente consignados no Auto de Infração.*

OCORRÊNCIA	NOVOS VALORES A SEREM EXIGIDOS (R\$)
07/2008	14.713,28
03/2009	28.727,47
07/2009	17.095,73
08/2009	20.169,13
09/2009	10.906,61
10/2009	14.906,07
03/2010	28.348,19
04/2010	21.616,52
10/2010	30.997,57
12/2010	25.643,36

*Deste modo, a infração resta mantida de forma parcial, no montante de R\$635.538,31.*

*Por fim, saliento que está correto o procedimento adotado pela Fiscalização, ao utilizar a alíquota de 17%, nos casos das operações de saídas interestaduais para empresas não-contribuintes do ICMS, como é o caso dos hospitais e clínicas, uma vez que se tratam de consumidores finais, conforme estabelece o art. 50, inciso I, alínea “b” do RICMS/BA. Por outro lado, quando a operação tinha como destinatários contribuintes do imposto, foi aplicada a alíquota de 12%, nos moldes previstos no art. 50, inciso II do RICMS/BA.*

*Diante de todo o exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração.”*

Inconformado, o Contribuinte interpõe tempestivamente Recurso Voluntário às fls. 1381 a 1404, no intuito de ver modificada a Decisão da Primeira Instância.

Após tracejar um breve relato dos fatos vividos no presente PAF e reproduzir a infração debatida, passa a discorrer sobre questões preliminares e de mérito.

Destaca o fato de ser um atacadista que vende exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, nunca para o consumidor final, fato que já foi consignado em mais de um processo perante este Conselho. (em especial no julgamento do AI 299166.0476/08-0 após diligência realizada por Auditores desse Órgão, e, mais recentemente, no AI 299166.0412/08-1).

Neste diapasão, alega que “o critério a ser adotado para o cálculo do imposto devido deverá ser o MVA, e não o PMC, como empregado no Auto combatido, bem como da redução da base de cálculo na forma prevista no Art. 61, § 2º do RICMS”.

Fala que o presente PAF tem como ponto controverso a incidência ou não do ICMS sobre as operações interestaduais envolvendo medicamentos utilizados no combate ao câncer, conforme a interpretação do art.17, IV do RICMS/97 que transcreve.

Aduz que à primeira vista, há a impressão de que realmente seria devido o imposto, pois se trata de operações interestaduais e esse dispositivo se refere apenas a operações internas.

Frisa que, no entanto, não apenas a Bahia, mas também os Estados destinatários das mercadorias

(Sergipe, Rio Grande do Norte, Maranhão, Pernambuco, Ceará, Alagoas, Distrito Federal, Goiás, Tocantins, Mato Grosso, Minas Gerais, São Paulo, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Pará e Paraná), são todos signatários do Convênio 34/96. Assim, as operações internas com estas mercadorias são isentas tanto aqui, Estado de origem, quanto nos Estados de destino.

Após citar ensinamento do i. professor Roque Antonio Carrazza sobre o Art. 155, § 2º, III da CF, coloca que o ICMS *“poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”*.

Nesta toada, utiliza-se do art. 196 da Constituição Federal, que estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve garantir a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso de todos às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Diz que, neste sentido, a mencionada isenção objetiva reduzir o custo do tratamento do câncer, tornando-o acessível a todos, assegurando direitos fundamentais como a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana, e que negativa a este benefício implicaria no repasse deste custo ao consumidor final, tornando-o mais distante dos menos favorecidos.

Alega que o STF relativizou a regra do art. 111 do CTN que determinava a interpretação literal das normas da legislação tributária, consoante a edição da Súmula 657 sobre a abrangência da imunidade tributária dos filmes e papéis fotográficos para publicação de jornais e periódicos. Pondera também que se deve haver a interpretação extensiva da regra de imunidade tributária para alcançar novas mercadorias ligadas a atividade jornalística, ainda mais necessária tal interpretação quando as mercadorias tocam o direito à vida.

**TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE PEÇAS E COMPONENTES SOBRESSAIENTES PARA REPOSIÇÃO DO EQUIPAMENTO PRINCIPAL ISENTO DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO DO IPI. INTERPRETAÇÃO LÓGICA PARA O AJUSTAMENTO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ARTIGOS 97, 109, 110, 111 E 176, CTN. DECRETO-LEI 1726/79 (ART. 2., IV, F, 5). 1. A ISENÇÃO DEVE AJUSTAR-SE A UMA REALIDADE-VALOR, DE MODO QUE NÃO SE ELIMINE O ALCANCE DA LEI ISENCIONAL, QUANTO A SUA JUSTA E RAZOÁVEL FINALIDADE, PREJUDICANDO SUPERIORES INTERESSES SOCIAIS. 2. AS PEÇAS ACESSÓRIAS IMPORTADAS POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL, ISENTO O EQUIPAMENTO PRINCIPAL DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO E DO IPI, TAMBÉM ESTÃO ISENTAS DO PAGAMENTO DOS MESMOS TRIBUTOS (DEC.LEI 1726/79, ART. 2., IV, F, 5). 3. RECURSO IMPROVIDO (REsp 192.494/PR. STJ, 1ª Turma. Rel. Min. Milton Luiz Pereira. DJU 16.11.99)**

Fala que não recolher o ICMS nas operações apontadas pelos Autuantes, agiu não apenas com boa-fé, mas também e sobretudo, nos limites que o ordenamento lhe assegura, em conformidade com o entendimento dos Tribunais superiores, como destacado em Súmula do Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados do STJ.

Assevera que a própria Secretaria da Fazenda estadual, em seus Pareceres, entende que não deve ser recolhido o imposto, razão pela qual a manutenção do presente Auto de Infração consistiria em uma afronta ao Direito, à razoabilidade e aos interesses sociais pátrios. Assegura que a *“prática do Contribuinte se legitima, também, na finalidade social da isenção deferida, que é minimizar os custos para o combate a este mal que é câncer”*.

Ressalta que a manutenção do Auto de Infração implicaria em um grande impasse, qual seja, como cobrar algo que é objeto de renúncia de ambos os Estados e a quem deveria ser pago o tributo. Destaca o Parecer nº 00465/2010, de 11/01/2010, da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que, respondendo a questionamento de um consultante em idêntica situação, posicionou-se pela isenção também nas operações interestaduais.

Salienta que esse entendimento é acompanhado pelos seus fornecedores, que, pertencendo a Estados igualmente signatários do Convênio 76/94, aplicam a isenção, não destacando o ICMS em suas operações, como se pode observar por algumas das notas fiscais de entrada em anexo (fls. 1.199 a 1.208).

Em seguida, prossegue sua argumentação defensiva na remota hipótese de ser superada sua tese quanto a isenção.

Alega que devem ser excluídas as notas fiscais que relaciona em quadro transcrito na petição, que representam o imposto no valor de R\$34.839,32, uma vez que se referem à venda de medicamentos para hospital público, operações isentas de ICMS, por conta da Portaria 2.577/2006, juntamente com o Convênio ICMS 87/02, alterado pelo Convênio ICMS 118/02, que concede isenção do ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados a órgãos da Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal.

Ano	Nota Fiscal	Data Exp.	Valor da NF	ICMS (17%)
2010	4251	18/02/2010	803,52	136,60
2010	4377	03/03/2010	703,08	119,52
2010	4736	22/04/2010	4.017,60	682,99
2010	6277	19/10/2010	9.300,00	1.581,00
2010	6411	29/10/2010	1.004,40	170,75
2010	6772	17/12/2010	6.076,00	1.032,92
2010	4780	27/04/2010	2.250,00	382,50
2010	5340	30/06/2010	17.360,00	2.951,20
2010	6126	28/09/2010	24.995,20	4.249,18
2010	6578	25/11/2010	12.997,50	2.209,58
<b>Sub-Total 2010</b>		<b>///</b>	<b>79.507,30</b>	<b>13.516,24</b>
Ano	Nota Fiscal	Data Exp.	Valor da NF	ICMS (17%)
2009	3497	17/11/2009	1.443,52	245,40
2009	3537	20/11/2009	985,48	167,53
2009	3639	30/11/2009	985,48	167,53
2009	3611	30/11/2009	1.004,40	170,75
2009	1684	25/03/2009	14.107,80	2.398,33
2009	2567	31/07/2009	10.621,00	1.805,57
2009	1564	27/02/2009	19.848,40	3.374,23
2009	1694	26/03/2009	138,80	23,60
2009	1409	27/01/2009	14.945,00	2.540,65
<b>Sub-Total 2009</b>		<b>///</b>	<b>64.079,88</b>	<b>10.893,58</b>
Ano	Nota Fiscal	Data Exp.	Valor da NF	ICMS (17%)
2008	1250	19/12/2008	61.350,00	10.429,50
<b>Sub-Total 2008</b>			<b>61.350,00</b>	<b>10.429,50</b>
<b>Total Geral</b>		<b>///</b>	<b>204.937,18</b>	<b>34.839,32</b>

Salienta que não é válida a argumentação do Relator de piso, de que não seria cabível tal isenção, já que não teria sido cumprida pelo Contribuinte a condição quanto ao abatimento do preço com a redução do imposto, sendo necessária a indicação expressa de tal situação no documento fiscal. Neste sentido, observa que *“jamais tal observância foi exigida e, inclusive, no julgamento do AI 279804.0004/09-7 (resultado de inspeção in loco onde toda a documentação do Autuado estava disponível), a Junta reconheceu o desconto como cabível, mesmo sem a respectiva inserção acima pontuada, razão pela qual busca o recorrente seja mantido o entendimento anterior, tornando uníssono o posicionamento deste Conselho”*.

Afirma que, de igual forma, devem ser excluídas as operações registradas nas notas fiscais referentes à remessa em consignação, as quais relaciona, e cujas operações efetivas foram registradas em outras notas fiscais, pois a sua manutenção resultará na exigência do imposto duas vezes sobre o mesmo fato gerador. Neste caso o ICMS a ser excluído totaliza R\$63.227,30.

Como a Junta entendeu não estar claro a transferência dos medicamentos nas operações acima descritas, segue, em anexo, planilhas com o demonstrativo das remessas de consignados com a flutuação de estoque, e, desde já requer seja determinada, em sede de diligência, a verificação in loco dos fatos acima pontuados, com análise de documentos fiscais, controle de estoque e outras medidas que se façam necessárias.

Argumenta que devem ser retiradas as notas fiscais relativas a bonificação, que representam o imposto na importância de R\$827,61.

Observa que deverão ser excluídas, também, as operações registradas nas notas fiscais que especificou, que se referem à devolução de produtos, que perfazem o ICMS no valor de R\$5.062,49.

Por fim, salienta que ainda devem ser excluídas as notas fiscais relacionadas, atinentes a simples remessa, que representam o ICMS no montante de R\$14.708,62.

Apresenta, em seguida, um quadro contendo o resumo dos valores que entende devam ser deduzidos do Auto de Infração:

ITEM	HISTÓRICO	VALOR NOMINAL	ICMS (17%)
1	OPERAÇÕES COM HOSPITAIS PÚBLICOS	204.937,18	34.839,32
2	REMESSAS EM CONSIGNAÇÃO	371.925,32	63.227,30
3	BONIFICAÇÃO	4.868,27	827,61
4	DEVOLUÇÕES	29.779,36	5.062,49
5	SIMPLES REMESSA	86.521,28	14.708,62
	<b>TOTAL DAS DEDUÇÕES</b>	<b>693.163,14</b>	<b>118.665,34</b>

Conclui, afirmando que caso o Auto de Infração prevaleça, após com as reduções indicadas, seu valor seria de R\$524.855,82. Frisa que, no entanto, quando do cálculo do ICMS devido, os autuantes se equivocaram ao aplicar a alíquota de 17%, tendo em vista que, embora no Estado da Bahia a tributação seja nesse percentual, a alíquota a ser aplicada nas operações do autuado deve ser de 12%, como previsto na Resolução 22/89 do Senado Federal, que transcreve.

Ao final de seu petítório, primeiramente clama pela improcedência integral de infração, e sucessivamente, pede pela a redução da alíquota devida para 12%, a exclusão das reduções apontadas e a realização de diligência para provar que é contribuinte atacadistas, os produtos se enquadram no Convênio ICMS 140/01 e que deve ser concedido o crédito ao contribuinte nas operações próprias.

Em termos, os autos forma remetidos à PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 1627 a 1630, o i. procurador José Augusto Martins Jr, após relembrar os fatos transcorridos no presente PAF, a argumentação defensiva e o resultado do julgamento de primeira instância, coloca sua ponderações.

Diz que o ponto central de controvérsia do lançamento está na análise da incidência ou não do ICMS sobre as operações interestaduais envolvendo medicamentos utilizados no combate ao câncer. Cita a norma insculpida no art. 17, IV do RICMS vigente à época dos fatos para então colocar que da análise do caso concreto e da legislação vigente, não havia a possibilidade das operações interestaduais se encaixarem na faixa isentiva definida na legislação Estadual.

Quanto às operações destinadas a hospitais públicos, entende que não merece sufrágio a tese recursal, pois “conforme exposto pela JJF, a isenção referente a este tipo de operação está condicionada à realização de abatimento do preço da mercadoria do valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, com a devida indicação da dedução no documento fiscal”. Ressalta que este último requisito não foi cumprido pelo Recorrente, consoante as notas fiscais acostadas aos autos.

No que tange as remessas em consignação, diz que também melhor sorte não merece a tese recursal, uma vez que “*não se trataram de operações alcançadas pela isenção, mas, isto sim, operações sujeitas à incidência do ICMS, inclusive com a possibilidade de creditamento pelo adquirente*”.

Em relação ao suposto erro na alíquota aplicável, diz o n. Procurador que o lançamento se consubstancia corretamente, uma vez que se distinguiu perfeitamente as operações para consumidores finais e operações para contribuinte do imposto, aplicando as alíquotas internas ou interestaduais, nos termos do inciso VII, §2º da CF/88.

Ao final de seu arrazoado, diante de suas considerações, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

**VOTO VENCIDO**

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª JF que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração em epígrafe.

Em seu Recurso, a Empresa argumenta que comercializa somente com hospitais, clínicas e órgãos públicos, que o cálculo do imposto devido deve ser realizado adotando a MVA e não o PMC, além da redução da base de cálculo na forma prevista no art. 61, §2º do RICMS, que as operações interestaduais envolvendo medicamentos utilizados no combate ao câncer são isentar por força do quanto disposto no art. 17, IV do RICMS/97, vigente à época dos fatos e que, mesmo que não fosse considerada a regra citada, deveriam ser excluídos as operações referentes a remessa em consignação, bonificações, devoluções de produtos e simples remessa.

Isto posto, passo ao exame do Recurso.

Inicialmente, cabe ressaltar que não foram arguidas questões preliminares específicas. Deste modo, da análise do presente PAF, vejo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Percebo que a imputação está clara, a base de cálculo foi apurada conforme o valor previsto na legislação, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

Cabe ressaltar que no presente Auto de Infração está se cobrando o ICMS normal, e não ICMS antecipação tributária. Sendo assim, correta a aplicação do PMC e não a MVA.

Quanto ao pedido de perícia requerido, entendo que a mesma não se faz necessária, pois estão presentes todos os elementos necessários para a formação de minha convicção. Ademais, a matéria perquirida pelo Recorrente, cuja comprovação se daria através da diligência, é questão de prova documental que já se encontra nos fólios processuais.

Portanto, indefiro o pedido de diligência do Recorrente.

Adentro a análise do mérito.

Para o deslinde do feito, devemos fazer uma análise de três questões, a saber: i) se existe ou não a isenção de ICMS na venda interestadual de medicamento contra o câncer, ii) quais as condições das isenções previstas na legislação foram preenchidas, iii) se as reduções colocadas pelo recorrente têm pertinência.

Pois bem.

Em relação ao primeiro prisma, pela simples leitura do artigo 17 do então vigente RICMS/BA, não haveria que se falar em isenção para as saídas de medicamentos interestaduais, conforme abaixo se vê:

**Art. 17.** São isentas do ICMS as operações com medicamentos e outros produtos farmacêuticos de uso humano:

(...)

**IV** - nas saídas **internas** de medicamentos quimioterápicos usados no tratamento do câncer (Conv. ICMS 34/96);

(...)

**VII** - até 31/12/12, nas operações realizadas com os medicamentos relacionados no Convênio ICMS 140/01, desde que a parcela relativa à receita bruta decorrente das operações esteja desonerada das contribuições do PIS/PASEP e COFINS;

**VIII** - até 31/12/12, as operações realizadas com os fármacos e medicamentos, relacionados no anexo único do Conv. ICMS 87/02, **destinados a órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal e às suas fundações públicas, observado o disposto no § 2º** (Conv. ICMS 87/02);

(...)

**XI** - até 31/12/12 as operações internas, interestaduais e a importação de medicamentos e reagentes químicos relacionados no Anexo Único do Conv. ICMS 09/07, bem como kits laboratoriais, todos destinados a pesquisas que envolvam seres humanos, para o desenvolvimento de novos medicamentos, inclusive em programas de acesso expandido, observado o disposto no § 4º;

**XII** - até 31/12/12, na saída do reagente abaixo indicado destinada a órgão ou entidade da administração

*pública direta, suas autarquias e fundações, desde que seja concedido e indicado no respectivo documento fiscal, desconto no preço da mercadoria, referente ao valor do imposto dispensado (Conv. ICMS 23/07):*  
(...)

Cura apontar que existem duas situações distintas, previstas nos incisos IV e VIII, que podem ser aplicadas ao caso concreto, haja vista que estamos tratando de operações de venda para particulares e órgãos da administração direta ou indireta.

Na hipótese do inciso IV, relativas às saídas internas de medicamentos quimioterápicos usados no tratamento do câncer, diante de uma interpretação literal, a condicionante isentiva da norma é a destinação interna da mercadoria, ou seja, somente as operações internas estariam alcançadas pela isenção prevista no caput do artigo 17.

Já a hipótese do inciso VIII, vejo que as condicionantes são duas: a primeira, que a mercadoria seja destinada a órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, (sejam eles Federal, Estadual ou Municipal) e a segunda, que fossem observadas as normas do previstas no §2º deste artigo 17.

Já o mencionado §2º, assim determinava:

*§ 2º A isenção prevista no inciso VIII deste artigo fica condicionada a que:*

*I - os fármacos e medicamentos estejam beneficiados com isenção ou alíquota zero dos Impostos de Importação ou sobre Produtos Industrializados;*

*II - a parcela relativa à receita bruta decorrente das operações previstas no referido inciso esteja desonerada das contribuições do PIS/PASEP e COFINS;*

*III - o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal; “Redação originária com efeitos até 30/04/10:”*

*(...)*

*V - nos processos de licitação, o valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, contido nas propostas vencedoras do referido processo licitatório, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal.*

O inciso III do §2º é claro em determinar que seja abatido do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, com indicação expressa no documento fiscal dessa situação para a fruição da isenção prevista no art. 17, inciso VIII.

*Pari passu*, temos que nos debruçar sobre as normas estabelecidas nos Convênios ICMS 162/94 e 34/96 para assegurar a plena compreensão da questão em lide.

O Convênio ICMS 162/94, que autorizava o estado do Rio de Janeiro a conceder isenção do ICMS nas operações internas com medicamentos destinados ao tratamento de câncer, foi alterado pelo Convênio ICMS 34/96 para abranger todo o território nacional. Com essa modificação, o Convênio ICMS 162/94 assim passou a vigor:

*Cláusula primeira - Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção do ICMS nas operações com medicamentos usados no tratamento de câncer, relacionados no Anexo Único.*

*§ 1º A fruição do benefício de que trata este convênio fica condicionada ao cumprimento, pelos contribuintes, das obrigações instituídas na legislação estadual.*

*§ 2º Fica autorizada a dispensa da exigência de estorno do crédito fiscal de que trata o art. 21 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (Grifo nosso)*

Em suma, em decorrência do quadro normativo acima exposto (Convênio 162/94 c/c Art. 17, I e §2º do RICMS/BA-97), depreendo que na época das operações vivenciadas por este Auto de Infração a situação quanto à isenção de medicamentos ao combate ao câncer se delineava nas seguintes hipóteses:

- a) nas operações internas, os medicamentos usados no tratamento do câncer eram isentas, sem previsão de qualquer outra condicionante, senão a destinação interna;
- b) nas operações com entidades públicas, era necessária a comprovação do abatimento do



imposto no preço de venda da mercadoria na nota fiscal.

Resta saber como era tratada a situação das operações interestaduais com medicamentos destinados ao tratamento de câncer.

Pela interpretação literal da regra do artigo 17, IV, do RICMS vigente à época dos fatos, tal situação deveria ser normalmente tributada.

Entretanto, julgo que essa interpretação não é a melhor a ser escolhida, mesmo diante do art. 111 do CTN. E as razões são simples: a uma, não há bem maior do que a vida. A duas, não podemos prejudicar interesses sociais maiores, previstos constitucionalmente. A três, consoante interpretação sistemática e lógica da regra, não há que se obstar a concessão isenção de medicamentos contra o câncer somente devido ao tipo de operação, já que, no caso específico, todos os Estados da Federação isentam as operações internas com medicamentos para o tratamento do câncer.

Quadra apontar que, é em decorrência deste norte que considero válidos os argumentos expostos no Parecer nº 465/2010 pela GECOT/DITRI, colacionado aos autos. Entretanto, impende ressaltar que a consulta formulada antes perpassa pela questão do cálculo da Substituição Tributária no Convênio ICMS 76/94, mas, da leitura de seu conteúdo, vejo que o cerne da questão posta à Fiscalização diz respeito à isenção sobre a venda de medicamentos para o tratamento do câncer.

Pela importância no deslinde da questão, faz-se necessária a reprodução do teor da consulta:

*PARECER Nº 00465/2010 DATA: 11/01/2010.*

*ICMS. MEDICAMENTOS QUIMIOTERÁPICOS. ISENÇÃO NAS OPERAÇÕES INTERNAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, APLICAÇÃO DO CONVÊNIO ICMS 76/94.*

*O consulente, contribuinte acima qualificado, inscrito na condição de microempresa, com forma de apuração do imposto conta corrente fiscal, estabelecido na atividade principal de comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano dirige consulta a esta Diretoria de Tributação, em conformidade com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, expondo o seguinte: "Nossa empresa trabalha na Distribuição (Atacadista) de medicamentos diversos + Oncológicos. Segundo o RICMS Art. 17 para venda dentro do Estado os medicamentos Oncológicos são ISENTOS de ICMS.*

***Questão 1) Venda interestadual está coberto pela isenção também, uma vez que a mercadoria é medicamentos para câncer?***

*Como será o cálculo da Substituição Tributária, uma vez que estamos em processo com o Estado para Assinatura do Termo de Acordo de Atacadista (conforme Decreto 7799/2000)? Pois o Convênio 76/94 na cláusula 2ª e parágrafo 4º diz: § 4º A base de cálculo prevista nesta cláusula será reduzida em 10% (dez por cento), não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7% (sete por cento).*

*Questão 2) Desta forma eu terei 2 reduções de base de cálculo para ST? Decreto 7799/2000 + Convênio 76/94?"*

**RESPOSTA:**

***Questão nº 1 - Inicialmente preceitua o artigo 17, inciso IV, do RICMS/BA, que as saídas internas de medicamentos quimioterápicos usados no tratamento do câncer, são isentos, não se estendendo o benefício às operações interestaduais.***

*Para a aplicação ou não da substituição tributária, deve o consulente observar duas condições:*

*a) Se os Estados para os quais estão sendo vendidas as mercadorias são integrantes do convênio ICMS 76/94;*

***b) Se no Estado adquirente há regra isentando os produtos em análise. Havendo regra de isenção, as mercadorias não serão tributadas.***

*Não sendo aplicadas as regras acima expostas, não há que se falar em substituição tributária.*

***Questão nº 2 - Havendo substituição tributária aplica-se a regra do Convênio ICMS 76/94.***

*Cabe ao Consulente dentro de 20 (vinte) dias, após a ciência da consulta, acatar o entendimento estabelecido na mesma, ajustando-se à orientação recebida, e, se for o caso, efetuando o pagamento das quantias porventura devidas, respeitando-se o estatuído no artigo 65 do RPFA/BA: "A observância, pelo consulente, da resposta dada à consulta, enquanto prevalecer o entendimento nela consubstanciado, exime o contribuinte de qualquer penalidade e exonera-o do pagamento do tributo, que se considera não devido no período". É o Parecer*

Ora, se as mercadorias não são tributadas pelo ICMS-ST quando houver, por parte do Estado adquirente, regra de isenção que albergue as mercadorias comercializadas, então, *mutatis mutandis*, por que haveria tributação em mercadorias que são isentas na destinação interna e são isentas nos Estados de destino? Some-se a isso a relevantíssima informação de que são mercadorias reservadas ao tratamento e à cura do câncer, ou seja, mercadorias dedicadas a preservar ao mais relevante bem humano: a vida.

Portanto, dentro das hipóteses elegidas pelo legislador estadual, devemos juntar também a seguinte:

- c) nas operações interestaduais, os medicamentos usados no tratamento do câncer seriam isentas se, no estado de destino, houvesse norma de isenção nas operações internas.

Concluindo o primeiro aspecto, depreendo que deve ser observada, dentro de uma interpretação sistemática e por força do bem a ser preservado, que a norma isentiva também alcançava as operações interestaduais, caso houvesse previsão de isenção no Estado destinatário.

Logo, entendo que as regras da isenção nas operações de medicamentos contra o câncer nos exercício de 2008, 2009 e 2010, consoante os fatos consignados nestes autos, eram as seguintes:

- a) nas operações internas, os medicamentos usados no tratamento do câncer eram isentas, sem previsão de qualquer outra condicionante e;
- b) nas operações com entidades públicas, era necessária a comprovação do abatimento do imposto no preço de venda da mercadoria na nota fiscal;
- c) nas operações interestaduais, os medicamentos usados no tratamento do câncer seriam isentas se, no Estado de destino, houvesse norma de isenção nas operações internas.

Agora, caminho ao exame da segunda questão fundamental para o deslinde deste PAF, qual seja, se as condições das isenções previstas na legislação foram preenchidas.

Nas operações com as entidades públicas, tanto o RICMS quanto o Convênio ICMS 162/94 dispunham que era necessário a consignação no documento fiscal quanto ao abatimento do valor equivalente ao imposto devido caso não houvesse a isenção estabelecida. Deste modo, não resta dúvida que não há isenção se não houver expressa indicação no documento fiscal do abatimento concedido.

Conforme já mencionado na Decisão de piso, vejo que tal condição não foi cumprida pelo Contribuinte, dessa forma, não há que se falar em isenção dessas operações se não houve adimplemento da obrigação estabelecida na legislação para fruição deste benefício.

Agora, cabe perquirir as condicionantes para as operações internas e interestaduais. Churrasqueira

Nas operações internas, a única condicionante é a exatamente a destinação da mercadoria, ou melhor, se a comercialização for para estabelecimento dentro do Estado da Bahia. Como todas as operações lançadas neste Auto de Infração são para estabelecimentos fora do Estado da Bahia, como aponta os próprios autuantes, devemos observar as condicionantes das operações para fora do Estado.

Nas operações interestaduais, entendo que a condicionante necessária para fruição do benefício era a de que as mercadorias fossem isentas no Estado destino. Portanto, havendo isenção

Veja que, por lapso do legislador, não se entendeu necessária a comprovação no documento fiscal de que houve a dedução do valor da isenção na operação com particulares, internas ou interestaduais.

Entretanto, a partir de 01 de junho de 2014, foi acrescentado o parágrafo §3º à Cláusula primeira do Convênio ICMS 162/94 que assim determina:

*§ 3 O valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço do respectivo produto, devendo o*

*contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal. (Acrescido o § 3º à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 32/14, feitos a partir de 01.06.14.)*

Com este dispositivo, entendo que para a fruição da isenção prevista no Convênio ICMS 162/94, quer nas operações internas ou interestaduais, seja com as entidades públicas ou privadas, deverá ser demonstrada na nota fiscal a dedução do valor referente à isenção do ICMS concedida.

## VOTO VENCEDOR

Em que pese o robusto voto prolatado pelo n. relator, *data venia*, ousou discordar de suas conclusões no sentido de desonerar a empresa do imposto ora exigido.

Não discordo de que o maior bem do ser humano é a vida. Também não discordo de que o papel do Estado é a sua preservação, visa, precipuamente, o bem estar da sociedade. Este é o seu principal papel. Sem a consecução deste objetivo, o Estado (Nação) perde a sua função básica. Em assim sendo, nem precisaria (fugindo da realidade) constar expressamente na constituição de um País tais determinações. E nesta linha, entendo que medicamentos para o tratamento do câncer, AIDS e outros destes gêneros deveriam (por obrigação) ser distribuídos pelo próprio Estado, de maneira efetiva e altamente controlada, sem quaisquer distorções, não dando a mínima margem de renda (ou lucro) a qualquer ser humano, advindo de sua comercialização. Melhor, não deveria haver “comercialização” mais sim “distribuição”, pois, repito, a vida é o maior bem que possui o ser humano. E o Estado (Nação) é o seu guardião.

Mas a realidade é outra diante de tantos desvios e distorções, diante de fenomenais e monumentais interesses pessoais que prevalecem em detrimento do coletivo. E tais distorções não podem ser albergadas por interpretações jurídicas ou mesmos de cunho social, que, ao final, mantém o *status quo* hoje existente.

Feitas das considerações, volto à presente lide.

Primeiramente é necessário pontuar que aqui se estar em um foro administrativo, que possui regras precisas e impostas aos seus membros, julgadores e conselheiros. Assim este Colegiado não tem competência para abordar questões de inconstitucionalidade, ou não, da legislação tributária vigente neste Estado, ou negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, como prevê, expressamente, o art. 167, I e III, do RPAF/BA. E, acaso, sendo por este órgão julgador detectado qualquer ilegalidade da norma tributária vigente, deve proceder conforme o que dispõe o art. 168, do referido Regulamento, porém sempre obedecendo (por dever legal) a norma tributária do Estado.

No caso presente, o n. relator, de maneira correta, e conforme expôs, ressaltou que a norma tributária vigente, e aplicável ao caso, vedava o benefício da isenção do ICMS próprio nas operações comerciais com medicamentos para o tratamento do câncer nas operações interestaduais. Também pontuou que nestas operações comerciais, quando o fornecedor (no caso o recorrente), por força de convênio, fosse obrigado a recolher o ICMS-ST não deveria assim proceder quando o Estado destino (adquirente) também possuísse o benefício fiscal da isenção em sua legislação. Óbvio que havendo isenção no final da cadeia de tributação, nenhum imposto por substituição tributária é devido. Igualmente pontuou que para a garantia da isenção nas operações comerciais (quer internas ou interestaduais) com vendas aos órgãos ou entidades da administração pública direta, suas autarquias e fundações, a norma tributária condicionava que fossem seguidos determinados procedimentos. Todos estes fatos e legislação (RICMS/97 e convênios) estão consignados no voto prolatado, sendo desnecessária a sua reprodução.

Entretanto, fazendo uma análise sistemática e lógica da regra exposta, a interpreta, de forma que entendo equivocada, com base em três premissas.

Ora, as duas primeiras, como já expressei, não posso utilizá-la da forma que expôs o n. relator para, apenas, isentar uma única empresa de regra clara e expressa contida na legislação tributária

deste Estado. Se a questão passa pela preservação da vida, entendo que o caminho a ser seguido tem outra natureza, e outra posição, que não a desobediência à legislação posta.

A terceira premissa, embora carregada de pertinência, também não posso com ela me alinhar na forma exposta. Ferir o sistema jurídico tributário estadual poderá descambar em situações outras de descontrole do Estado. Se o julgador, para cada caso que entenda incorreto e em uma interpretação pessoal, desobedecer a legislação posta e vigente trará, tão somente, o caos ao controle do Estado, que obedece a toda uma norma emanada dos poderes que, por força legal, possuem competência a assim proceder. No caso, no meu entendimento, o caminho a ser seguido, se assim for, é a modificação da legislação e não a sua desobediência através de interpretações transversas. E friso, aqui não se pode sacar das determinações do art. 111, do CTN, pois o caso específico (operação comercial interestadual) se encontra fora de qualquer benefício fiscal, que se diga, é uma concessão outorgada pelo ente tributante, único competente a fazê-lo, visando os interesses da coletividade.

Por fim, em relação ao Parecer nº 465/2010 da GECOT/DITRI que o n. relator trouxe como apoio ao entendimento externado, ou seja, que ele se refere, em linhas gerais, à isenção sobre a venda de medicamentos para o tratamento do câncer, tenho a considerar:

1. A formulação de consulta junto às administrações tributárias é uma das muitas manifestações do direito de petição. Portanto, a consulta administrativo-tributária é um instrumento por meio do qual determinado contribuinte, em razão de uma dúvida existente na condução de suas atividades, busca a Fazenda Pública para o seu esclarecimento, objetivando orientação segura a respeito da interpretação e da aplicação da legislação tributária que envolve sua atividade, permitindo que sua conduta esteja alinhada ao entendimento com os órgãos fazendários. Por isto é que ela, para ser eficaz, tem que ser específica, contendo, além da descrição minuciosa dos fatos, as normas jurídicas, cuja interpretação se deseje e pertinentes ao caso concreto, sendo as mesmas informadas no corpo da própria consulta. Assim, a consulta vincula diretamente o peticionário, que após resposta deve segui-la, e não a todos os contribuintes que, porventura, apresentem atividades iguais ou semelhantes, ou mesmo que gozem do mesmo benefício fiscal (caso em análise). E, ressaltando, no regulamento do processo administrativo fiscal deste Estado, como não poderia deixar de ser, a única situação que poderá vincular uma consulta a vários contribuintes é aquela formulada por entidade representativa de classe de contribuintes ou responsáveis. Porém deverá constar no pedido a relação das empresas a ela vinculadas, com especificação, em relação a cada uma, dos respectivos estabelecimentos (art. 59 – RPAF/BA).
2. A consulta formulada e ora apresentada, de fato diz respeito a um contribuinte (e não ao recorrente) sobre como agir na venda de medicamentos em geral e, especificadamente, em relação a medicamentos para o tratamento do câncer. A resposta da GECOT/DITRI foi clara, conforme se pode analisar de uma simples leitura feita:

1. *“Inicialmente preceitua o artigo 17, inciso IV, do RICMS/BA, que as saídas internas de medicamentos quimioterápicos usados no tratamento do câncer, são isentos, **não se estendendo o benefício às operações interestaduais**”.*

2. Quanto ao recolhimento do ICMS-ST (matéria diversa da ora em questão):

*Para a aplicação ou não da substituição tributária, deve o consulente observar duas condições:*

*a) Se os Estados para os quais estão sendo vendidas as mercadorias são integrantes do convênio ICMS 76/94;*

*b) Se no Estado adquirente há regra isentando os produtos em análise. Havendo regra de isenção, as mercadorias não serão tributadas.*

*Não sendo aplicadas as regras acima expostas, não há que se falar em substituição tributária.*

Como se depreende da leitura feita, a GECOT/DITRI, por óbvio, quando afirma de que *“as mercadorias não serão tributadas”*, esta a se referir ao ICMS-ST, pois a ele iniciou a sua

colocação na resposta que proferiu. Inclusive a conclui reportando-se ao regime da substituição tributária.

E, no mais, embora não vinculante, mas para esclarecer toda a celeuma a respeito do Parecer GECOT/DITRI nº 465/2010, transcrevo aquele de nº 09961/2010 (trazido aos autos pelo autuante) que espelha de forma precisa a matéria ora em lide.

*PARECER Nº 09961/2010 DATA: 09/06/2010.*

**ICMS.** *As operações interestaduais com medicamentos quimioterápicos usados no tratamento de câncer serão tributadas normalmente, aplicando-se a isenção do imposto apenas para as operações internas com os citados produtos. Disciplina do art. 17, IV, do RICMS/BA, c/c o Conv. ICMS 34/96.*

*A consulente, empresa acima qualificada, atuando neste Estado no comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano (atividade principal), dirige consulta a esta Administração Tributária, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, solicitando orientação no tocante à questão a seguir exposta:*

*Informa a Consulente que vende medicamentos quimioterápicos para dentro e fora do Estado da Bahia, tanto para contribuintes como para não-contribuintes do ICMS. Nesse contexto, considerando que o Art. 17, inciso IV, do RICMS/BA, estabelece a isenção do imposto para as saídas internas de medicamentos quimioterápicos usados no tratamento do câncer (Conv. ICMS 34/96), e considerando que o referido Convênio ICMS 34/96 estabelece a isenção para todos os Estados, questiona se nas vendas interestaduais deste produto deve haver destaque do imposto.*

**RESPOSTA:**

*O inciso IV do art. 17 do RICMS/BA (Dec. nº 6.284/97) assim estabelece expressamente ao disciplinar a matéria em comento:*

*"Art. 17. São isentas do ICMS as operações com medicamentos e outros produtos farmacêuticos de uso humano:*

*.....*

*IV - nas saídas internas de medicamentos quimioterápicos usados no tratamento do câncer (Conv. ICMS 34/96);".*

*Da mesma forma, o Conv. ICMS nº 34/96, ao alterar a redação da cláusula primeira do Convênio ICMS 162/94, assim estabelece em relação à matéria:*

*"Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção do ICMS nas operações internas com medicamentos quimioterápicos usados no tratamento de câncer."*

*Vê-se, assim, da leitura dos dispositivos legais acima transcritos, que o benefício da isenção do ICMS aplica-se unicamente às operações internas com medicamentos quimioterápicos usados no tratamento do câncer, ou seja, o Conv. ICMS 34/96 não se refere às operações interestaduais com os citados produtos, mas apenas autoriza os diversos Estados da Federação a conceder, em suas respectivas legislações, a isenção do ICMS nas operações efetuadas dentro do seu território.*

*Diante do exposto, temos que as operações interestaduais com os medicamentos supracitados serão tributadas normalmente, aplicando-se a isenção do imposto apenas para as operações internas.*

*Ressalte-se, porém, que tratando-se de vendas interestaduais dos citados produtos efetuadas pela Consulente para destinatário localizado em Estado signatário de acordo que estabeleça a substituição tributária nas operações interestaduais com medicamentos, não será devida a retenção do imposto relativo à substituição tributária, sempre que a legislação do Estado de destino estabelecer a isenção do ICMS para as operações realizadas internamente em seu território com os referidos medicamentos (assim como ocorre com o Estado da Bahia).*

*Nessa hipótese, a tributação do imposto alcançará apenas a operação própria da Consulente - operação interestadual, estando as operações subseqüentes realizadas no Estado destinatário isentas de tributação. O ICMS a ser destacado no documento fiscal que acobertar a operação interestadual será apenas o imposto devido na operação de venda efetuada pelo fornecedor, afastada a obrigatoriedade de retenção do imposto relativo às operações subseqüentes a serem efetuadas pelo adquirente.(grifo)*

*Respondido o questionamento apresentado, informamos que, conforme determina o artigo 63 do RPAF (Dec. nº 7.629/99), no prazo de vinte dias após a ciência da resposta à presente consulta deverá a Consulente acatar o entendimento apresentado neste opinativo, ajustando-se à orientação recebida.*

*É o parecer*

*Parecerista: CRISTIANE DE SENA COVA*

*GECOT/Gerente: 09/06/2010 – SANDRA URANIA SILVA ANDRADE*

*DITRI/Diretor: 09/06/2010 - JORGE LUIZ SANTOS GONZAGA*

Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do recurso interposto, mantendo inalterada a decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **148593.0001/11-7**, lavrado contra **DSL DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$635.538,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Denise Mara Andrade Barbosa e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Rodrigo Lauande Pimentel, Daniel Ribeiro Silva e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO

MÔNICA MARIA ROTERS - VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS