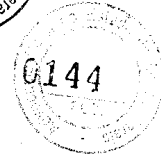
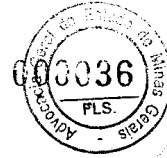


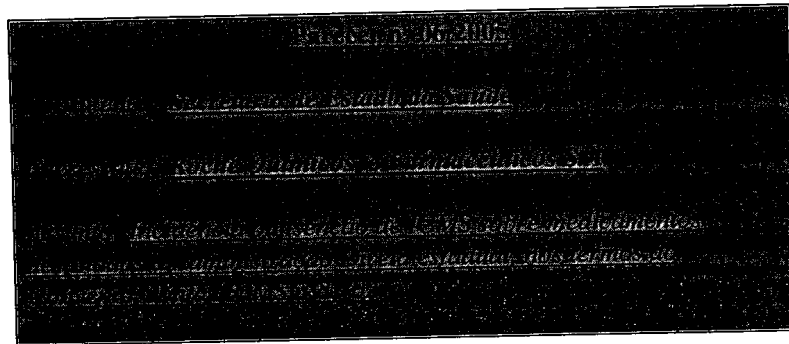


GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO



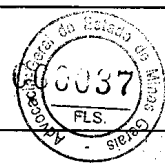
**Procedência:** Secretaria de Estado de Saúde  
**Interessado:** Secretário de Estado de Saúde  
**Número:** 14.495  
**Data:** 18 de maio de 2005

**Assunto:** **Consulta do Parecer nº 06/2005**  
**Incidência ou isenção de ICMS sobre medicamentos**  
**destinados à Administração Direta estadual, nos termos**  
**do Convênio Confaz ICMS nº 87/02.**





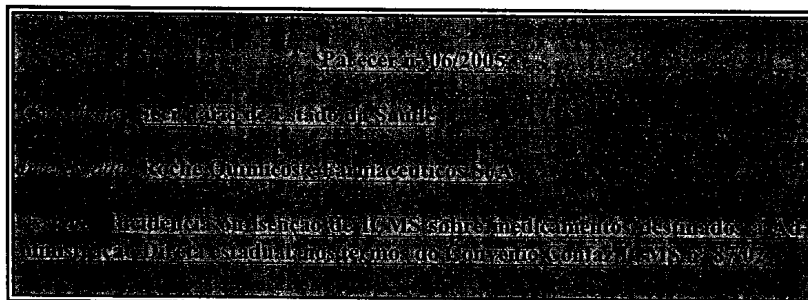
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
SUBADVOCACIA-GERAL DO CONTENCIOSO



0145

**Parecer N°:** 14.495

**Data:** 18 de maio de 2005



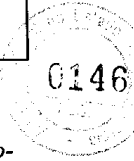
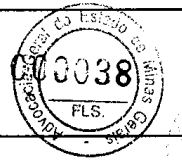
### 1 – A Consulta

O Sr. Secretário de Estado da Saúde formula questão relacionada com a incidência do ICMS sobre a aquisição por este Estado de medicamentos e fármacos, segundo o convênio CONFAZ de ICMS n° 87/02.

A consulta se refere a requerimento administrativo protocolado pela empresa **Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S/A.**, fornecedora dos referidos produtos ao Sistema de Saúde deste Estado, que teve os pagamentos referentes a fornecimentos que efetuou descontados do valor correspondente ao ICMS, invocando-se aplicação do convênio referido. Inconformada com tal desconto, a fornecedora formulou o histórico para sua reivindicação nos seguintes termos:

*A ora postulante, PRODUTOS ROCHE QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS SA., trata-se de uma empresa que, nos exatos termos do artigo 3º, de seu Estatuto Social, documento anexo, atua, precipuamente, na importação e/ou fabricação, para comercialização, de medicamentos e de reagentes para diagnósticos bioquímicos, tendo seu parque fabril sito no Estado do Rio de Janeiro, como se pode observar pelo teor do artigo 4º, parágrafo único, desse mesmo Estatuto.*

*Assim sendo, dentro de sua esfera de atividade inclui-se o fornecimento de tais produtos aos órgãos da Administração Pública direta e indireta. Neste contexto, a exemplo, inclui-se a SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MINAS GERAIS, unidade admi-*



nistrativa na qual a ora postulante supriu a demanda de tais produtos.

Precisamente em razão do negócio jurídico firmado entre esta Secretaria e a ora postulante, cinge-se o REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO em questão.

Assim sendo, cumpre-se ressaltar que durante os anos de 2.002 e 2.003 esta empresa atendeu prontamente a pedidos de fornecimento, cumprindo integralmente com as cláusulas e condições editadas no Instrumento Convocatório, efetuando a entrega dos medicamentos de forma exemplar.

Em razão da sobredita relação, por oportunidade do cumprimento das obrigações que lhe competiam, foram extraídas as Notas Fiscais emitidas sob os números 222513, 222644, 227330, 227380, 227431, 234582, 234609, 234641, 234680, 239281, 245296, 248111, 248114, 248506, 251643, 251975, 251976, 252038, 255735, 255763, 255765, 255769, 255804 e 255855 com indicação dos respectivos valores originais, datas de emissão e vencimento. Essas notas totalizaram o valor de R\$ 6.604.216,20.

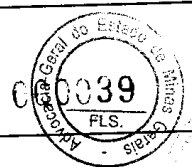
I

Ocorre que, verificado o vencimento dos acima transcritos títulos, essa Secretaria Estadual da Saúde efetuou o pagamento dos valores devidos, mas o fez a menor, pois efetuou um desconto de 18% sobre o valor total da nota, ou seja, dos R\$6.604.216,20 (seis milhões, seiscentos e quatro mil, duzentos e dezesseis reais e vinte centavos), somente foram pagos R\$ 5.222.144,01 (cinco milhões, duzentos e vinte e dois mil, cento e quarenta e quatro reais e um centavo), tendo restado um saldo de R\$ 1.382.072,19 (um milhão, trezentos e oitenta e dois mil, setenta e dois reais e dezenove centavos).

Essa Secretaria de Saúde, segundo seus próprios argumentos, assim teria agido sob a justificativa de que os produtos a ela faturados pela Requerente estariam sob a incidência das regras do Convênio Confaz nº 87/02, de tal modo que, ainda segundo o raciocínio desenvolvido por essa Secretaria de Saúde, a Requerente, isenta da incidência do ICMS no seu Estado de origem, por estar a vender a um órgão público, deveria ter concedido o desconto do valor desse imposto à Secretaria de Saúde e, em não o tendo feito, caberia, à própria Secretaria, de modo auto-executório, reter tais valores a título de desconto.

Ao que parece a base legal utilizada por essa Secretaria de Saúde foram as normas contidas na cláusula 1 a e parágrafos do supra referido Convênio Confaz que assim dispõe:

III



0147

*"Cláusula primeira. Ficam isentas do ICMS as operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo único deste convênio destinados a órgãos da Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal. Parágrafo único. A isenção prevista nesta cláusula fica condicionada a que:*

*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".*

*Essa interpretação não parece ser a mais acertada, contudo, mesmo que essa Secretaria de Saúde resolvesse mantê-la, ela, como se demonstrará a seguir, não seria aplicável à Requerente, ou melhor, ela não é aplicável aos medicamentos que foram fornecidos pela Requerente através das notas fiscais retro-indigitadas.*

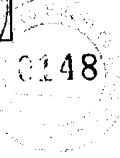
Diante disso, e, considerando a razões apresentadas pela empresa, o Sr. Secretário de Estado da Saúde encaminhou consulta à Advocacia-Geral, indagando da incidência ou não do ICMS sobre tais operações, bem como da existência ou não de obrigação por este Estado de "pagamento retroativo", caso se conclua pela incidência do tributo.

## **2 - As Razões da requerente**

A empresa requerente se vale, basicamente de dois argumentos para justificar sua pretensão: inaplicabilidade do mencionado convênio 87/02 aos seus fornecimentos ao Estado e, ainda que fosse aplicável, a redução unilateral do preço implicaria em descumprimento do contrato de fornecimento.

Para justificar a alegada inaplicabilidade do Convênio Confaz ICMS 87/2002, se vale dos seguintes argumentos:

- ◆ Inaplicabilidade do Convênio Confaz ICMS 26/2003 às relações entre a requerente e este Estado, uma vez que uma vez que a isenção prevista em tal diploma somente se aplicaria às operações ou prestações internas, enquanto que, no presente caso, se trata de operações interestaduais;
- ◆ O fato de a isenção em questão ser condicionada ao abatimento do valor do imposto no preço da mercadoria, consignado em nota fiscal, o



que não ocorreu no caso, estando ao arbítrio do fornecedor, não do órgão público, optar ou não pelo desconto;

- ◆ Não enquadramento dos fornecimentos da requerente nas demais condições de isenção previstas pelo §1º da cláusula primeira do convênio 87/02;
- ◆ Quebra do Equilíbrio econômico-financeiro do contrato entre o Estado e a Requerente pela aplicação unilateral do desconto, conforme parecer que menciona, da própria Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado da Saúde.

### 3 - Fundamentos do Parecer

Sendo o ICMS um imposto *nacional*, ainda que de competência estadual, a Constituição Federal reservou à Lei Complementar o tratamento dos benefícios fiscais relativos a tal tributo. Nesse sentido o disposto no artigo 150 § 6º:

*Art. 150 – (...)*

*§ 6º – Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g.<sup>1</sup>*

A parte final do dispositivo, aqui destacada, condiciona, no caso do ICMS, a concessão de benefícios fiscais à obediência do que dispõe o art. 155 § 2º, XII, g:

*Art. 155 – (...).*

*§ 2º – O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:*

*XII - cabe à lei complementar:*

*g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.*

<sup>1</sup> Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3/93. Original sem destaques em negrito.



0149

Assim, a concessão de benefício fiscal relativo ao ICMS, por simples lei estadual, constitui violação de preceito constitucional. A Carta da República, como visto, condicionou a concessão de benefícios relativos ao ICMS à deliberação dos Estados e Distrito Federal na forma estabelecida em Lei Complementar.

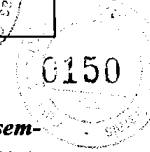
Tal disposição não constituiu uma novidade do atual Sistema Constitucional Tributário, vindo do sistema anterior em que já havia sido editada a lei complementar requerida. Não tendo sido até o momento editada nova lei complementar com o objetivo específico de regular o disposto na citada regra constitucional, continua em vigor a lei complementar anteriormente existente. Não havendo incompatibilidade entre esta e o atual ordenamento jurídico, pode-se dizer que ocorreu sua *recepção* pelo presente sistema.

É precisamente por meio dessa norma preexistente, a Lei Complementar nº 24 de 7/01/75, que se pode dar cumprimento aos mandamentos constitucionais acima invocados. Para que uma isenção de ICMS, mesmo que parcial e temporária seja constitucionalmente válida, deve-se necessariamente seguir o que preceitua a Lei Complementar nº 24/75.

O art. 1º da referida lei estabelece que a concessão e revogação de isenções e outros benefícios relativos ao ICMS se fará por meio de **convênios** celebrados entre os Estados e o Distrito Federal, pelo procedimento que a mesma lei estabelece.

Precisamente com base em tais disposições foi firmado o Convênio Confaz ICMS 87/2002, cuja incidência aqui se discute.

De acordo com a mais moderna doutrina, a isenção pode ser classificada como uma modalidade de não incidência de tributo determinada por lei. Estabelece o Código Tributário Nacional:



*Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo o caso, o prazo de sua duração.*

*Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão.<sup>2</sup>*

Do exame das normas acima, pode-se concluir que a isenção resultará sempre de disposição de lei proveniente da pessoa de direito público titular da competência tributária em questão. No caso presente, a isenção de ICMS há que ser concedida por lei estadual, inclusive pelo fato de o art. 151, III da Constituição Federal proibir a concessão pela União de isenções de tributos estaduais.

Não sendo a hipótese dos autos de isenção *geral*, isto é, concedida a todos os contribuintes do ICMS, mas de isenção *condicionada* ao atendimento de requisitos preestabelecidos, não se efetivará pela simples observância da lei, mas somente se o interessado a requerer perante autoridade administrativa, que só a deferirá, caso o requerente tenha cumprido as condições.

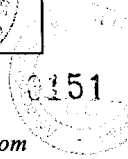
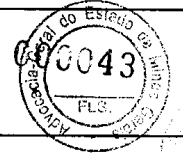
Embora devessem ser necessariamente incorporadas à legislação estadual, as condições de aplicação da isenção à hipótese aventada já se encontram expressas no parágrafo primeiro da cláusula primeira do convênio em questão:

*Clausula primeira. Ficam isentas do ICMS as operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo único deste convênio destinados a órgãos da Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal.*

*Parágrafo primeiro. A isenção prevista nesta cláusula fica condicionada a que:*

---

<sup>2</sup> Sem negritos no original



*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 nesta cláusula 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;*

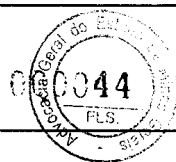
*IV - não haja redução no montante de recursos destinados ao co-financiamento dos Medicamentos Excepcionais constantes da Tabela do Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema único de Saúde - SIA/SUS, repassados pelo Ministério da Saúde às unidades federadas e aos municípios.*

Assim, tratando a presente consulta de operações interestaduais de fornecimento de mercadorias, por estabelecimento situado no Estado do Rio de Janeiro para órgão da administração direta do Estado de Minas Gerais, cabe analisar os argumentos da empresa à luz do aparato constitucional e legislativo acima exposto.

O primeiro argumento da requerente, com a devida vênia, não tem qualquer relação com o caso em questão. A autoridade consulente, em nenhum momento, invoca a aplicação do Convênio ICMS 26/2003, uma vez que este, de fato, trata de *operações internas*, enquanto a hipótese considerada se refere a *operações interestaduais*. Portanto, não há sequer que considerar a aplicação de tal diploma, conquanto a Administração Estadual não o invoca.

A segunda alegação, de que a isenção em questão é condicionada ao abatimento do valor do imposto no preço da mercadoria, consignado em nota fiscal, o que não ocorreu no caso, estando ao arbítrio do fornecedor, não do órgão público, optar ou não pelo desconto, merece exame mais detalhado. Em primeiro lugar, convém observar que, embora o requerimento se refira a documentos fiscais "*em anexo*", não foram juntados tais documentos à cópia enviada a esta procuradoria, de sorte que a análise do destaque ou não do imposto nas notas fiscais





0152

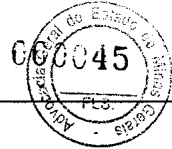
relativas aos fornecimentos só poderá ser feita com base no que declara a requerente.

Como foi dito, a situação em questão se refere a isenção *condicionada* de ICMS que, se devido, seria da competência do Estado do Rio de Janeiro. Para fazer jus à isenção, deveria a empresa requerer tal regime àquele estado, demonstrando atender às condições estabelecidas em convênio. Só assim, poderia emitir regularmente notas fiscais sem destaque do imposto e indicando expressamente no documento a redução do preço da mercadoria em função do benefício fiscal, nos termos da cláusula 1ª, §1º, inciso III do convênio 87/02.

Se a empresa não fez isso, como declara, resta saber se estava ou não obrigada a fazê-lo nas suas operações decorrentes do contrato de fornecimento a este Estado. Convém observar que também não foi fornecida cópia do contrato ou do instrumento de convocação do processo licitatório que a ele deu origem, para comprovar se havia a exigência de valer-se do benefício em questão. Nada foi apresentado pela autoridade consulente que pudesse servir de comprovação de que a empresa usufruía do benefício no seu estado de origem, ou que a isso estivesse obrigada pelo vínculo contratual com este Estado. Todavia, vai se recomendar, ao final, providência que poderá esclarecer definitivamente tal questão.

Em relação às demais condições estabelecidas pela cláusula 1ª, §1º do convênio 87/02, a autoridade consulente formulou consultas a órgãos federais (Receita Federal e ANVISA), indagando se estaria a requerente no gozo dos benefícios fiscais relativos a tributos federais, erigidos em condição de isenção de ICMS pelo inciso IV da norma citada. As respostas, entretanto, não foram conclusivas, segundo os documentos apresentados, cópias anexas à consulta, estando ainda pendentes algumas informações.

Entendo, todavia, que a apuração da real situação tributária das operações em questão deve ser buscada diretamente com a



0153

requerente e com o Estado titular da competência impositiva, como será sugerido adiante.

Em relação à alegação de quebra do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, deve ser observado que tal questão foge ao escopo da consulta formulada a esta procuradoria, já tendo sido objeto de parecer pela Assessoria Jurídica da Secretaria interessada, razão pela qual, não cabe opinar sobre o tema.

Enfim, a questão dos “pagamentos retroativos”, caso se reconheça a incidência do tributo, parece, numa análise perfunctória, pertinente, em razão dos custos, mas, deverá, na opinião deste procurador, ser analisada à luz do contrato, pelo setor competente da Advocacia-Geral do Estado, após resolvida a questão sobre a incidência do tributo.

#### 4 - Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que não há nos documentos apresentados a esta procuradoria dados suficientes para se concluir acerca do gozo ou não pela requerente do benefício isencional invocado pela autoridade consulente. Por esta razão, se sugere:

a) Que seja solicitada à requerente a apresentação da sua escrituração fiscal referente aos exercícios em que se deram as operações em questão, para que se apure, com o apoio da fiscalização de tributos, se for o caso, se esta se beneficiou ou não da isenção nas referidas operações;

b) Que se oficie à Secretaria de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, de preferência por intermédio da sua congênere de Minas Gerais, para que seja informado se a requerente solicitou e usufruiu da isenção no período a que se refere a reivindicação;

c) Que, uma vez esclarecida a questão da incidência do tributo, seja a questão submetida ao setor competente desta Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais.

X



ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
SUBADVOCACIA-GERAL DO CONTENCIOSO



0154

cia-Geral, para, à luz do contrato, do instrumento licitatório e das normas cabíveis, analisar a postulação da requerente.

É o parecer. *Sub censura.*

Belo Horizonte, 10 de maio de 2005.

**BRUNO RODRIGUES DE FARIA**

- Procurador do Estado de Minas Gerais -  
MASP: 349.360-8 - OAB/MG: 45.706

*Aprovo o parecer supra,  
por seus próprios e jurídicos  
fundamentos.  
Encaminhar ao Advogado-  
geral do Estado.*

*Roberto*  
ROBERTO PORTES RIBEIRO DE OLIVEIRA  
Subadvogado - Geral do Contencioso  
OABMG 51.255 - MASP 348.656-0

*De acordo  
em 12.5.2005*

José Bonifácio Borges de Andrada  
Advogado-Geral do Estado