



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000478817

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2283328-09.2020.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SINDUSFARMA - SINDICATO DA INDUSTRIA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS NO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados EXMO. SR. PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, CAMPOS PETRONI, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO E DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 16 de junho de 2021.

MOACIR PERES
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 33.940 (Processo digital)

AGRAVO INTERNO Nº 2283328-09.2020.8.26.0000/50000 (processo digital)

AGRAVANTE: SINDUSFARMA – SINDICATO DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS NO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVADOS: PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO E FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERESSADO: GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVO INTERNO. DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Recurso interposto contra decisão que indeferiu liminar. Os argumentos apresentados pela agravante não têm o condão de alterar o decidido. Reconhecida potencialidade lesiva aos cofres públicos da pretendida liminar suspensiva das normas impugnadas. Recurso improvido.

SINDUSFARMA – Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo – interpôs agravo contra a r. decisão que indeferiu a liminar em ação direta de inconstitucionalidade (fls. 79/83 dos autos principais).

Alega que a decisão agravada acarretará intensificação da judicialização da saúde no Estado de São Paulo. Diz que o ato normativo atacado importa aumento real de até 21,985% no preço de medicamentos essenciais, o que torna urgente a sua suspensão cautelar. Argumenta que não há amparo legal para a revogação da isenção do ICMS sobre medicamentos genéricos e utilizados para tratamento de câncer, AIDS, doenças raras, H1N1, nem para operações com produtos médico-hospitalares. Invoca o direito à saúde. Ressalta que milhares de pacientes ficarão sem atendimento médico. Reitera os argumentos trazidos na inicial da ação direta de inconstitucionalidade. Daí, pretender a reforma da r. decisão (fls. 1/10).

Foi apresentada contraminuta (fls. 41/54).

É o relatório.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos do Estado de São Paulo – SINDUSFARMA –, buscando a declaração da inconstitucionalidade “do artigo 22, inciso II, e seu § 1º, da Lei do Estado de São Paulo nº 17.293/20, e também do artigo 2º, incisos I e II, alínea “d”, do Decreto do Governador do Estado nº 65.253/20, e também do artigo 2º, inciso I, alíneas “a”, “d” e “g”, e inciso II, alínea “z18”, do Decreto do Governador do Estado nº 65.254/20, e por fim, do artigo 1º, inciso I, alínea “a”, e inciso II, alínea “y”, e também artigo 2º, inciso I, alínea “t”, todos do Decreto nº 65.255/20, em razão da violação de diversos preceitos e princípios constitucionais” (fls. 78).

Até o presente momento, este Relator apenas se limitou a indicar a ausência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão do pedido liminar, sem adentrar no mérito da demanda, nos seguintes termos:

2. Explica que a Lei Estadual n. 17.293/2020, em seu artigo 22, inciso II e § 1º, autorizou ao Governador do Estado a revogar, por meio de decreto, benefícios fiscais relativos ao ICMS para todos os produtos e serviços favorecidos com carga tributária do imposto inferior a 18%. Argumenta que aludida lei desrespeita os Convênios celebrados no âmbito do Conselho Fazendário Nacional – CONFAZ. Relata que o Governador do Estado imediatamente editou os Decretos Estaduais n. 65.253/20, n. 65.254/20 e n. 65.255/20, aumentando a carga tributária do ICMS para toda a economia paulista, inclusive para o setor farmacêutico. Destaca que o aumento do ICMS sobre medicamentos essenciais, instituído em momento de estado de calamidade pública de saúde, será aplicado já a partir de janeiro de 2021. Ressalta que os profissionais da área da saúde estão trabalhando em regime remoto, o que dificultaria a implementação das mudanças tributárias impostas. Discorre sobre sua legitimidade ativa e interesse processual. Afirma que o artigo 22, inciso II e em



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

seu § 1º, da Lei Estadual n. 17.293/20 e os mencionados Decretos são inconstitucionais, por violação ao princípio da separação dos poderes. Diz que o poder de legislar é indelegável, citando os artigos 5º, § 1º, 19, inciso I, e 47, inciso III, da Constituição Estadual, bem como o artigo 2º da Constituição Federal. Transcreve doutrina e jurisprudência. Diz que há violação ao princípio constitucional tributário da legalidade, preconizado nos artigos art. 150, inciso I, e 163, § 6º, da Constituição Federal. Invoca julgado do E. Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.929, no qual confirmou o entendimento de que, quanto ao ICMS, o artigo 163, § 6º, da Constituição Federal exige a edição de Lei específica para a concessão de incentivos fiscais, sendo que o artigo 155, § 2º, inciso XII, g, da Lei Maior exige um pressuposto adicional, que consiste na deliberação autorizativa dos Estados, na forma da Lei Complementar n. 24/75. Conclui que a desoneração do ICMS não dispensa a manifestação do Poder Legislativo nem autoriza o referido Poder a transferir ou delegar a prerrogativa de renovar ou reduzir incentivos fiscais ao Poder Executivo, sob pena de usurpação do princípio da estrita legalidade. Saliencia que o E. STF firmou entendimento, já constante da sua Súmula n. 544, de que a violação ao princípio da legalidade também se dá em razão da inobservância do artigo 178 do Código Tributário Nacional, uma vez que tal dispositivo impede a revogação ou modificação de isenção concedida por prazo certo ou sujeita a condições. Aduz que os dispositivos normativos impugnados também violam os princípios constitucionais da segurança jurídica e da seletividade do ICMS, esse último previsto na Constituição Federal, em seu artigo 156, § 2º, inciso III, pois aumentam a alíquota de ICMS para produtos essenciais à sociedade, em meio à pandemia da Covid-19 em que a economia encontra-se em crise. Acrescenta que o artigo 34, § 1º, da Lei n. 6.374/89, que define



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a alíquota de ICMS para medicamentos genéricos em 12%, não pode ser alterado pelo artigo 2º, inciso II, alínea d, do Decreto n. 65.253/20, pois decreto não pode alterar lei. Destaca, ainda, que os Convênios CONFAZ n. 162/94 (art. 154 do Anexo I do RICMS/SP), n. 01/99 (art. 14 do Anexo I do RICMS/SP), n. 140/01 (art. 92 do Anexo I do RICMS/SP), n. 10/02 (art. 2º do Anexo I do RICMS/SP) e n. 73/10 (art. 150 do Anexo I do RICMS/SP) permitem que os benefícios tributários ligados ao ICMS sejam aproveitados em operações de importação, operações internas ou operações interestaduais destinadas a quaisquer estabelecimentos. Argumenta que esses convênios estão sendo desrespeitados também nesse ponto, pois, a partir de janeiro de 2021, o artigo 2º, inciso I, alíneas a, d e g, do Decreto do Governador do Estado n. 65.254/20, e o artigo 1º, inciso I, alíneas a e t do Decreto do Governador do Estado n. 65.255/20, restringem tais isenções de ICMS apenas para hospitais públicos, santas casas e outras entidades beneficentes ou assistenciais a serem oportunamente definidas pelo Poder Executivo, aumentando colateralmente a carga tributária de ICMS na importação e operações destinadas a hospitais, clínicas, laboratórios e casas de saúde privados, distribuidores hospitalares e empresas que vendem à Administração Pública, entre outros, o que não está previsto nos Convênios CONFAZ e tampouco em lei estadual. Acrescenta que a alíquota de ICMS de 7% para preservativos e de 12% para soluções parenterais e medicamentos genéricos estão ambas expressamente previstas no artigo 34 da Lei Estadual n. 6.374/89 (§ 1º, itens 14, 22 e), em pleno vigor, mas foram subitamente aumentadas pelo Decreto do Governador para 9,4% e 13,3%. Conclui que há duas normas jurídicas conflitantes quanto a essas alíquotas. Observa que os decretos impugnados inovam ao criar restrições para o aproveitamento das isenções de ICMS determinadas pelos Convênios



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONFAZ n. 162/94, n. 01/99, n. 140/01, n. 10/02 e n. 73/10, que prescrevem a isenção de ICMS para todas e quaisquer operações com produtos médico-hospitalares, medicamentos para tratamento do câncer, AIDS, doenças raras e H1N1, tanto importações quanto operações internas no Estado ou interestaduais. Diz que referidos decretos restringiram essas isenções apenas e tão somente para as operações destinadas a hospitais públicos e santas casas, ignorando o fato de que toda a rede privada de atendimento a saúde é parcialmente financiada pelo Sistema Único de Saúde – SUS – e que as compras de medicamentos pelo Poder Público são feitas de instituições privadas. Discorre sobre o impacto econômico e o cerceamento ao direito à saúde. Ressalta que a Lei Federal n. 10.213/01 foi substituída pela Lei Federal n. 10.742/03, que determinou que a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED – é competente para definir os preços dos medicamentos, bem como responsável por assegurar o efetivo repasse de qualquer alteração da carga tributária nestes preços, razão pela qual, admitida a majoração da carga tributária do ICMS sobre medicamentos no Estado de São Paulo, a CMED será obrigada a rever automaticamente os preços dos medicamentos comercializados, onerando a Administração Pública e pacientes em tratamento de saúde. Pontua que, conforme o Anuário Estatístico do Mercado Farmacêutico de 2018, parte relevante das vendas de medicamentos foi efetuada para o setor público, razão pela qual infere que a oneração tributária em questão poderia trazer impacto desastroso ao orçamento da Saúde Pública. Assevera estarem presentes os requisitos para a concessão da liminar (fls. 1/33).

3. Considerando a existência de lei estadual definidora dos parâmetros para a revogação dos benefícios fiscais em tela e a ausência de comprovação de que os decretos impugnados tenham



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

extrapolado os critérios fixados por referida lei, não vislumbro, em uma análise perfunctória, evidente vício de constitucionalidade nos dispositivos normativos questionados. Assim, em uma análise preliminar, entendo não estar presente o requisito dos fundamentos do pedido cautelar (fumus boni iuris), razão pela qual indefiro a liminar pleiteada.

4. *Solicitem-se informações aos réus.*
5. *Cite-se o douto Procurador-Geral do Estado para, querendo, contestar a ação, no prazo legal.*
6. *Após, dê-se vista dos autos à douta Procuradoria Geral da Justiça.* (fls. 79/83 dos autos principais).

Tendo em vista que a suspensão da eficácia de atos normativos é medida excepcional, somente um exame aprofundado do mérito demonstrará se as normas impugnadas violaram os dispositivos constitucionais mencionados pela autora-agravante.

Não obstante, os argumentos ora apresentados não têm o condão de alterar o decidido. Com efeito, as razões do indeferimento da liminar permanecem, tendo em vista a inexistência de elementos novos ou a demonstração do desacerto da decisão agravada.

Nesse sentido, inclusive, é o entendimento deste Colendo Órgão Especial:

AGRAVO INTERNO. INTERPOSIÇÃO CONTRA DESPACHO QUE DEFERIU PARCIALMENTE LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS NOVOS. QUESTÕES VENTILADAS NO RECURSO E QUE DIZEM RESPEITO AO PRÓPRIO MÉRITO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO PARA MANTER O DEFERIMENTO PARCIAL DA



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

LIMINAR (TJSP; Agravo Regimental 2134276-41.2017.8.26.0000; Relator (a): Des. Amorim Cantuária; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 18/10/2017; Data de Registro: 19/10/2017).

Recentemente, este Colendo Órgão Especial apreciou a questão da suspensão liminar da exigibilidade das regras que tratam da matéria ora ventilada impugnadas, em julgamento conjunto de acórdãos relatados pelo i. Presidente deste E. Tribunal, Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, dos quais se colhe o seguinte trecho:

II. In casu, a decisão questionada suspendeu a exigibilidade do ICMS devido por força dos Decretos nº 65.254/2020 e nº 65.255/2020, que, em vigor desde 15 de janeiro último, revogaram ou reduziram benefícios fiscais referentes àquele tributo com apoio normativo da Lei Estadual nº 17.293/2020. Fundou-se a decisão questionada em suposta ocorrência de violação à Constituição Estadual e à legislação federal, na medida em que a lei estadual autorizou o Poder Executivo, em verdadeira delegação de competência, a renovar e a reduzir benefícios fiscais e financeiro-fiscais relacionados ao ICMS.

A decisão recorrida ponderou que o pedido foi analisado com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela, dentre as quais não se inclui a apreciação do mérito da ação em que proferida a decisão liminar, motivo pelo qual, sua apreciação foi limitada a aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório aos interesses públicos assegurados em lei

Assim, foi exposto o entendimento no sentido de que era caso de suspensão da liminar, porque, à luz das razões de ordem, economia e segurança públicas, ela ostentava periculum in mora inverso de densidade manifestamente superior àquele que, aparentemente, animou o deferimento da medida postulada.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ademais, foi considerada suficientemente configurada a lesão à ordem pública, assim entendida como ordem administrativa geral, equivalente à execução dos serviços públicos e o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituída (cf., STA-AgRg 112, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 27.02.08; Pet-AgRg-AgRg 1.890, Rel. Min. Marco Aurélio, red. ac. Min. Carlos Velloso, j. 01.08.02; SS-AgRg 846, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.05.96; e SS-AgRg 284, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 11.03.91).

III. Por outro lado, inquestionável a alta potencialidade lesiva à economia pública, consubstanciada na previsível proliferação de demandas idênticas por inúmeros outros contribuintes em situação análoga à da impetrante, típica do chamado "efeito multiplicador" das liminares, de grande impacto nas finanças públicas, por implicar supressão de receita. De saída, estariam comprometidos equilíbrio fiscal e viabilidade do erário estadual, impossibilitando a continuidade dos serviços públicos.

Os elementos expostos forneceram substrato consistente para concluir pelo potencial de risco à ordem e à segurança administrativas da decisão liminar proferida no mandado de segurança, na medida em que se revelava irreversível em tema de competência primordialmente atribuída ao Poder Executivo e criava embaraços e dificuldades ao adequado exercício das funções típicas da Administração pelas autoridades legalmente constituídas.

Em momento de recrudescimento da crise econômica geral, impulsionado pelo agravamento de crise sanitária sem precedentes, a decisão de primeiro grau, geradora de drástica redução na arrecadação do Estado, era capaz de comprometer a gestão dos recursos públicos e a condução segura da Administração estadual.

Segundo nota técnica elaborada pela Coordenadoria da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda e Planejamento



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

acostada aos autos principais, o impacto na economia pública gerado pelo efeito multiplicador de demandas idênticas, com o efeito de restabelecer os benefícios fiscais reduzidos pela legislação questionada, representava decréscimo de fonte orçamentária da ordem de R\$ 7,3 bilhões:

“...no intuito de reequilibrar a execução orçamentária, com as medidas adotadas, há a perspectiva de aumento na arrecadação da ordem de R\$ 7,3 bilhões, distribuídos entre as medidas de redução dos gastos tributários (isenção, redução da base de cálculo, crédito outorgado e regimes especiais de tributação), no primeiro exercício de implementação, o que representa um aumento de 4,8% da arrecadação estimada para o tributo em tela”.

A gravidade da situação é ainda maior diante da informação trazida pelo órgão técnico estadual de que inexistem margens operacionais positivas ou fontes alternativas de recursos para compensar a supressão dessa receita fiscal. Daí o potencial desequilíbrio das finanças estaduais. (Agravos Internos n. 2004492-69.2021.8.26.0000/50000 e n. 2004492-69.2021.8.26.0000/50001, julgados em 14.4.2021, g.n.).

Assim, considerada a ausência de fatos e argumentos novos, aptos a alterar o entendimento firmado na decisão agravada, além da reconhecida potencialidade lesiva aos cofres públicos de eventual deferimento da liminar suspensiva das normas impugnadas, é o caso de se manter a decisão recorrida.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

MOACIR PERES

Relator