

**TJDFT**Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

Órgão 3ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO 0705504-27.2017.8.07.0018

APELANTE(S) CHEMICALTECH IMPORTACAO EXPORTACAO E COMERCIO DE
PRODUTOS MEDICOS FARMACEUTICOS E HOSPITALARES LTDA

APELADO(S) DISTRITO FEDERAL

Relatora Desembargadora FÁTIMA RAFAEL

**Relatora
Designada** Desembargadora MARIA DE LOURDES ABREU

Acórdão N° 1134751

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) INCIDENTE SOBRE OPERAÇÃO COM MEDICAMENTOS DESTINADOS AO TRATAMENTO DO CÂNCER. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. CONVÊNIO 162/1994 DO CONFAZ. DECRETO DISTRITAL N° 18.955/1997. ROL EXEMPLIFICATIVO. MEDICAMENTO ISENTO. FINALIDADE EXTRAFISCAL.

1. A ação constitucional do mandado de segurança é medida excepcional para se proteger direito líquido e certo sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.
2. No exercício da competência tributária que lhe foi outorgada pelo artigo 155, II, da Constituição Federal, o Distrito Federal editou o Decreto n.º 37.893/2016, que alterou o Decreto n.º 18.955/1997 (Regulamento do Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços - ICMS), para, na forma de seu artigo 6º – que estabelece as operações e prestações isentas de ICMS, fazer constar medicamentos que possuem o princípio ativo docetaxel triidratado.
3. A interpretação literal (artigo 111, II, do Código Tributário Nacional) não pode estar dissociada das regras e princípios constitucionais que regulam a atividade tributante do Estado, em especial, o princípio da isonomia tributária, previsto no artigo 150, II, da Constituição Federal.
4. O rol de medicamentos que têm por princípio ativo o docetaxel triidratado no Decreto Distrital n° 18.955/1997 é meramente exemplificativo, sob pena de violação ao princípio da isonomia tributária.
5. É evidente a finalidade extrafiscal das normas em questão, que visam à redução do preço de fármacos destinados ao tratamento do câncer, sabidamente de valores elevados. Por isso, tanto o item 43 do Convênio ICMS 162/94 do CONFAZ quanto os subitens 28 e 29 do item 75 do Caderno I

(Isenções) do Anexo I do Decreto Distrital n.º 18.955/1997 devem ser interpretados restritivamente para permitir a concessão da isenção do ICMS aos medicamentos que possuam como princípio ativo o docetaxel, pouco importando se na forma anidra (sem moléculas de água) ou na forma triidratada (com três moléculas de água), visto que, nesse caso, o legislador foi além do que deveria no exercício de sua competência tributária, pois restringiu a aplicação da isenção onde incabível.

6. Apelação conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, FÁTIMA RAFAEL - Relatora, MARIA DE LOURDES ABREU - Relatora Designada e 1º Vogal, ALVARO CIARLINI - 2º Vogal, FLAVIO ROSTIROLA - 3º Vogal e GILBERTO DE OLIVEIRA - 4º Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora MARIA DE LOURDES ABREU, em proferir a seguinte decisão: CONHECER E DAR PROVIMENTO, MAIORIA, REDIGIRÁ O ACÓRDÃO A E. PRIMEIRA VOGAL. QUÓRUM COMPLEMENTADO (ART. 942 DO CPC/2015) , de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 31 de Outubro de 2018

Desembargadora MARIA DE LOURDES ABREU

Presidente e Relatora Designada

RELATÓRIO

Adoto, em parte, o relatório da r. sentença (Id. 3863474), *in verbis*:

“Cuida-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado por CHEMICALTECH IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO DE PRODUTOS MÉDICOS, FARMACÊUTICOS E HOSPITALARES LTDA. em face de ato do Subsecretário da Receita da Secretaria de Estado da Fazenda do Distrito Federal (SEFAZ/DF) com o intento de que lhe seja garantida a isenção tributária de ICMS prevista no Convênio nº 162/94 do CONFAZ e no Decreto Distrital nº 37.893/16 sobre a importação do fármaco DOSATAXEL (docetaxel anidro).

Narra a impetrante que importa frequentemente o medicamento DOSATAXEL, o qual tem como matéria-prima a substância docetaxel anidro e cuja finalidade é o tratamento de diversos tipos de câncer. Sustenta, ainda, que a matéria-prima dos medicamentos incluídos na lista de isenção (DOCELIBBS e DOCETERE: docetaxel tri-hidratado) e a do medicamento importado pela impetrante (DOSATAXEL: docetaxel anidro) é a mesma, o docetaxel, e a única diferença entre eles está na existência ou não de água em sua composição.

Evidencia que, para a realização do desembaraço alfandegário e a conseqüente liberação das mercadorias, a autoridade coatora está a exigir o recolhimento do ICMS sobre o DOSATAXEL, uma vez que o Fisco Distrital entende que o medicamento importado pela impetrante (composto de docetaxel anidro) é diverso dos listados como isentos (compostos de docetaxel triidratado) e que a isenção prevista deve ter interpretação literal, não cabendo margem de discricionariedade ou extensão de interpretação da norma.

Por fim, alega que a não inclusão do DOSATAXEL (docetaxel anidro) na lista isencional do Convênio nº 162/94 do CONFAZ e do Decreto Distrital nº 37.893/16 viola os princípios da isonomia, da livre concorrência e da razoabilidade. Colaciona diversos documentos.

A decisão de ID 8322724 considerou presentes os pressupostos legais e deferiu a liminar para determinar que a autoridade impetrada promova o desembaraço aduaneiro do medicamento DOSATAXEL importado pela impetrante, independentemente do recolhimento de ICMS.

Devidamente notificado (ID nº 8457685), a autoridade impetrada deixou de apresentar informações no prazo legal.

Em ID nº 8480968, o DISTRITO FEDERAL requer sua admissão no feito e pugna pela denegação da segurança pleiteada.

No petítório de ID nº 8679606, a impetrante informa que a autoridade fiscal lavrou dois autos de infração em razão do não pagamento do desembaraço aduaneiro do medicamento DOSATAXEL. Com isso, a decisão de ID nº 9000485 determinou a intimação pessoal da autoridade impetrada para providenciar o cumprimento integral da decisão que deferiu a tutela provisória e a consequente revogação dos autos de infração.

Por meio do documento de ID nº 9584596, a autoridade impetrada demonstra que foram tomadas providências para a revogação dos autos infração indevidamente lavrados.

O Ministério Público se manifestou em ID 9867174, afirmando não existir interesse indisponível, individual ou coletivo que justifique a sua atuação, deixando de intervir no feito.

É o relatório. DECIDO.”

Acrescento que a r. sentença revogou as liminares anteriormente concedidas e denegou a segurança pleiteada, extinguindo o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Inconformado, o Impetrante recorre da sentença (Id. 3863477).

Em suas razões recursais, o Apelante narra que importa, com frequência, o medicamento denominado DOSATAXEL, que tem como princípio ativo a substância docetaxel e se destina ao tratamento de diversos tipos de câncer.

Afirma que, apesar de o Convênio n. 162/94 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), com as alterações introduzidas pelo Convênio ICMS n. 32/14, ter incluído o medicamento docetaxel tri-hidratado na lista dos produtos isentos do ICMS, o Impetrado continua exigindo o tributo incidente sobre a importação do DOSATAXEL, cujo princípio ativo é o mesmo do medicamento isento, só que na forma anidra.

Assevera que os documentos que guarnecem a petição inicial comprovam que o medicamento importado pelo Impetrante, o DOSATAXEL, é idêntico àquele previsto na lista de fármacos isentos do Convênio n. 162/94 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), alterado pelo Convênio ICMS n. 32/14.

Repisa os argumentos deduzidos na petição inicial e defende que, sendo o DOSATAXEL idêntico aos concorrentes das marcas DOCELIBBS e DOCETERE, arrolados no Anexo Único do Convênio n. 162/94 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), estaria abrangido pela isenção do ICMS, sob pena de violação aos princípios da isonomia tributária, da livre concorrência e da razoabilidade.

Sustenta que “a solução dada à lide pelo juízo a quo não fora acertada, pois a não inclusão do DOSATAXEL na lista isencional foi uma arbitrariedade – e não uma discricionariedade –, sendo certo que ao Judiciário é dado intervir, sim, em situações nas quais a Administração Pública age arbitrariamente, tal como se vê in casu.”

Argumenta que não pretende que o Poder Judiciário estenda a isenção do ICMS ao medicamento importado pelo Apelante, mas que seja reconhecida a inconstitucionalidade do Convênio n. 162/94 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que concedeu isenção tributária aos medicamentos da marca DOCELIBBS e DOCETERE e não conferiu o mesmo benefício ao medicamento DOSATAXEL.

Menciona a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Alega que a concessão de isenção tributária a apenas duas marcas de medicamento que tem como princípio ativo a substância docetaxel não constitui ato discricionário da Administração Tributária, mas ato arbitrário, que deve ser corrigido pelo Poder Judiciário.

Ao final, requer que a Apelação seja conhecida e provida, a fim de que seja reconhecido o direito líquido e certo do Apelante à isenção do ICMS incidente sobre a operação de importação do medicamento DOSATAXEL, referente à DI n. 17/0834601-6 e à Licença de Importação n. 17/1578638-0, garantindo-se, assim, a isenção tributária prevista no Convênio n. 162/94 do CONFAZ e no Decreto Distrital n. 37.893/16.

O Distrito Federal apresentou contrarrazões, pugnando pelo não provimento do recurso (Id. 3863482).

Preparo comprovado (Id. 3863479 e Id. 3863480).

É o relatório.

VOTOS

A Senhora Desembargadora FÁTIMA RAFAEL - Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, que recebo em seus efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos dos artigos 14, § 3º, da Lei n. 12.016/2009.

Conforme relato, trata-se de Apelação Cível interposta contra a r. sentença que revogou as liminares anteriormente concedidas e denegou a segurança pleiteada, extinguindo o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, o Apelante narra que importa, com frequência, o medicamento denominado DOSATAXEL, que tem como princípio ativo a substância docetaxel, e se destina ao tratamento de diversos tipos de câncer.

Afirma que, apesar de o Convênio n. 162/94 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), com as alterações introduzidas pelo Convênio ICMS n. 32/14, ter incluído a substância

docetaxel tri-hidratada na lista dos produtos isentos do ICMS, o Impetrado continua exigindo o tributo incidente sobre a importação do medicamento DOSATAXEL, cujo princípio ativo é o mesmo do fármaco isento, só que na forma anidra.

Assevera que os documentos que guarnecem a petição inicial comprovam que o medicamento importado pelo Impetrante, DOSATAXEL, é idêntico àquele previsto na lista de fármacos isentos do Convênio n. 162/94 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), alterado pelo Convênio ICMS n. 32/14.

Repisa os argumentos deduzidos na petição inicial e defende que, sendo o DOSATAXEL idêntico aos concorrentes das marcas DOCELIBBS e DOCETERE, arrolados no Anexo Único do Convênio n. 162/94 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), estaria abrangido pela isenção do ICMS, sob pena de violação aos princípios da isonomia tributária, da livre concorrência e da razoabilidade.

Alega que a concessão de isenção tributária a apenas duas marcas de medicamento que tem como princípio ativo a substância docetaxel não constitui ato discricionário da Administração Tributária, mas ato arbitrário, que deve ser corrigido pelo Poder Judiciário.

Argumenta que não pretende que o Poder Judiciário estenda a isenção do ICMS ao medicamento importado pelo Impetrante, mas que seja reconhecida a inconstitucionalidade do Convênio n. 162/94 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que concedeu isenção tributária às marcas DOCELIBBS e DOCETERE e não conferiu o mesmo benefício ao idêntico medicamento DOSATAXEL.

Por fim, requer que o recurso seja conhecido e provido, a fim de que seja integralmente reformada a r. sentença e concedida a segurança pleiteada na petição inicial.

O mandado de segurança se destina a resguardar direito líquido e certo do impetrante, afastando ato de autoridade — omissivo ou comissivo — reputado ilegal ou abusivo.

Não se trata, todavia, de ação comum, uma vez que encontra previsão constitucional e a sua viabilização prática reclama a presença de requisitos específicos, quais sejam, I) direito líquido e certo e II) ilegalidade ou abuso de poder no ato impugnado.

Tem-se por líquido o direito que se apresenta com alto grau de plausibilidade, e, por certo, o direito se configura de plano, dispensando dilação probatória.

Na espécie, insurge-se o Impetrante contra ato praticado pelo Subsecretario da Receita da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal consistente na cobrança do ICMS incidente sobre a operação de importação do medicamento DOSATAXEL, referente à DI n. 17/0834601-6 e à Licença de Importação n. 17/1578638-0.

A isenção é forma de exclusão do crédito tributário, consistente na dispensa legal de pagamento do tributo. O benefício é concedido nas hipóteses em que o ente político que tem a competência para instituir o tributo decide, a partir de um juízo de conveniência e oportunidade, dispensar o pagamento da exação em situações legalmente definidas.

Especificamente em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, a Constituição Federal, tentando evitar a chamada “guerra fiscal” entre os Estados, criou regras próprias para a concessão de benefícios fiscais relativos a essa espécie tributária.

Por força da previsão contida no artigo 155, § 2º, inciso XII, “g”, da Constituição, a concessão de isenção de ICMS depende de deliberação conjunta dos Estados e do Distrito Federal, representados no CONFAZ, e da aprovação, por unanimidade, do convênio, instrumento que autoriza os entes políticos a outorgarem o benefício.

No caso em exame, o Convênio n. 162/1994 do CONFAZ conferiu aos Estados e ao Distrito Federal autorização para a concessão de isenção do ICMS nas operações com medicamentos destinados ao tratamento de câncer.

No âmbito do Distrito Federal, a concessão da referida isenção foi regulamentada por meio do Decreto Distrital n. 18.955, de 22.12.1997, posteriormente alterado pelo Decreto Distrital n. 37.893, de 27.12.2016.

É fato incontroverso nos autos que, no Anexo Único do Convênio n. 162/1994 do CONFAZ e no Caderno I do Decreto Distrital n. 37.893/2016, não consta o medicamento importado pelo Apelante, o DOSATAXEL.

De fato, consta dos referidos documentos apenas a indicação dos fármacos DOCETAXEL TRIIDRATADO, DOCELIBBS (docetaxel triidratado) e DOCETERE (docetaxel triidratado), não havendo previsão de isenção para as operações com o medicamento DOSATAXEL, que, segundo relata o próprio Impetrante, tem como princípio ativo o docetaxel na forma anidra e não triidratada.

Diferente do que sustenta o Apelante, o fato de os fármacos DOSATAXEL, DOCELIBBS e DOCETERE serem similares, sendo que o primeiro utiliza o princípio docetaxel na forma anidra e os dois últimos na forma triidratada, não autoriza a conclusão de que a isenção fiscal concedida pelo Convênio n. 162/1994 do CONFAZ deva ser estendida ao medicamento importado pelo Impetrante, com fundamento nos princípios da isonomia, da livre concorrência e da razoabilidade.

É que, sendo o poder de isentar decorrência lógica do poder de tributar e importando a concessão do benefício em renúncia fiscal, resta inviável que se promova a interpretação extensiva das hipóteses taxativamente previstas na legislação tributária de modo a incluir na lista de produtos isentos medicamentos não expressamente elencados no Convênio n. 162/1994 do CONFAZ.

Com efeito, nos termos do artigo 111, inciso II, do Código Tributário Nacional, interpreta-se literalmente a legislação tributária que dispõe sobre a outorga de isenção, sendo vedado ao intérprete estender o benefício para afastar o pagamento do tributo incidente em hipóteses não legalmente previstas.

Demais disso, é pacífico no Supremo Tribunal Federal^[1] o entendimento de que a concessão de isenções se funda no juízo de conveniência e oportunidade de que gozam as autoridades públicas na implantação de suas políticas fiscais e econômicas, não cabendo ao Poder Judiciário, que não pode substituir o legislador, estender isenções tributárias a título de isonomia.

Conforme bem destacou o MM. Juiz sentenciante, “*por meio dos documentos de ID nº 8276812 e 8276870, evidencia-se que o Convênio ICMS nº 163/94 foi alterado em 2014 e o Decreto nº 37.893 foi elaborado em dezembro de 2017, todos após a conclusão dos pareceres e testes apresentados pela impetrante. Dessa maneira, é possível concluir que não houve interesse de incluir o fármaco DOSATAXEL (docetaxel anidro) na lista isencional, ainda com a constatação de que é equivalente a outros fármacos.*”

Assim, ante a ausência de previsão legal, não há como reconhecer a existência de direito líquido e certo do Impetrante à isenção do ICMS incidente sobre a operação de importação referente à DI n. 17/0834601-6 e à Licença de Importação n. 17/1578638-0, nem, tampouco, a ocorrência de ato ilegal ou abusivo praticado pela autoridade coatora impetrada, passível de correção pela via do mandado de segurança.

Por fim, destaco que não merece prosperar o argumento deduzido pelo Apelante no sentido de que pretende com a presente ação mandamental a declaração de inconstitucionalidade do Convênio n. 162/94 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que concedeu isenção tributária aos medicamentos da marca DOCELIBBS e DOCETERE e não conferiu o mesmo benefício ao idêntico fármaco DOSATAXEL.

Isso porque a pretensão formulada pelo Apelante encontra óbice na Súmula n. 266 do colendo Supremo Tribunal Federal, que preceitua que “*não cabe mandado de segurança contra lei em tese*”.

A referência à “lei em tese” inserta na referida súmula não contempla apenas a lei em sentido estrito, mas abrange todos os atos normativos infralegais revestidos de generalidade, impessoalidade e abstração, a exemplo do Convênio n. 162/1994 do CONFAZ e do Decreto Distrital n. 37.893/2016.

De fato, o mandado de segurança não é meio idôneo para questionar a constitucionalidade de ato normativo de efeitos abstratos, categoria na qual se inserem as leis tributárias que estabelecem a isenção de ICMS sobre as operações com medicamentos destinados ao tratamento do câncer, sendo a via estreita adequada para impugnar apenas atos administrativos que causem efeitos concretos ao administrado.

Sobre o tema, merece destaque a lição de José dos Santos Carvalho Filho^[2]:

“Em primeiro lugar, descabe o ‘mandamus’ contra a lei em tese, expressão que já comentamos e que significa aquele tipo de diploma jurídico – usualmente a lei, mas também se incluindo os decretos, regulamentos, instruções normativas, decretos legislativos etc. – que transmite normas gerais, abstratas e impessoais, e isso porque é inviável a ofensa a direitos individuais, além do fato de que, em alguns casos, outro é o mecanismo adequado para essa impugnação (Súmula nº 266 do STF)”.

Assim, não pode o Impetrante sustentar a inconstitucionalidade do Convênio n. 162/1994 do CONFAZ, sob a alegação de suposta violação aos princípios da isonomia, da livre concorrência e da razoabilidade, por se tratar de impugnação à lei em tese.

Nesse sentido, colha-se a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERESSE PROCESSUAL. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO. ALÍQUOTA DE ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. INVIABILIDADE. SÚMULA 266/STF. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. EXTINÇÃO DO FEITO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (269, INCISO I, DO CPC - ATUAL ART. 487, DO NOVO CPC). DEVOLUÇÃO DOS VALORES DEVIDAMENTE CORRIGIDOS. CORREÇÃO MONETÁRIA UTILIZADOS PELO DISTRITO FEDERAL PARA CORREÇÃO DE SEUS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. JUROS DE MORA COM BASE NO ART. 161, PARÁGRAFO PRIMEIRO C/C 167, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN, OU SEJA, TAXA DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO CABIMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O interesse de agir é condição da ação consubstanciada tanto pela necessidade do ingresso em juízo, para a obtenção do bem de vida visado, como pela utilidade do provimento jurisdicional invocado, ou seja, relaciona-se com a necessidade da providência jurisdicional solicitada e na utilidade que o provimento poderá proporcionar ao autor. Assim, é preciso que a pretensão possa ser alcançada por meio do aforamento da demanda, e que esta seja adequada para a postulação formulada.

2. Segundo o artigo 1º da Lei 12.016/09, o Mandado de Segurança é cabível "para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".

3. Nos termos do enunciado da súmula 266 do Supremo Tribunal Federal "não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

4. Asuposta violação ao princípio da seletividade na fixação da alíquota do ICMS incidente sobre energia elétrica e a comunicação não pode ser suscitada em mandado de segurança por se tratar de impugnação de lei em tese (precedentes do STJ).

5. O mandado de segurança também não é via adequada para se pleitear a produção de efeitos patrimoniais pretéritos, nos termos da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal que preceitua que a "concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria". Ademais, consoante enunciado da Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal "o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança".

6. Incasu, a ação proposta não é adequada para a postulação formulada pelo autor, devendo ser mantida a sentença que indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo com resolução do mérito, com fulcro no artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil, ante a rejeição do pedido do autor.

7. Recurso conhecido e NÃO provido. Sentença mantida.” (Acórdão n.979704, 20150111145730APC, Relator: ALFEU MACHADO 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 09/11/2016, Publicado no DJE: 18/11/2016. Pág.: 88-93)

“APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 266 DO STF. SENTENÇA MANTIDA.

1. Nos termos da Súmula n.266 do Supremo Tribunal Federal "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

2. O pedido de suspensão dos efeitos de dispositivo de lei sancionada pelo governo local mostra-se inviável em sede de mandado de segurança

3. Negou-se provimento ao recurso.” (Acórdão n.955023, 20140111442023APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 13/07/2016, Publicado no DJE: 22/07/2016. Pág.: 222/232)

Desse modo, ausente a prova de que o ato impugnado é ilegal ou que foi praticado com abuso de poder, inviável a concessão da segurança pleiteada, conforme bem reconheceu a r. sentença recorrida.

Pelo exposto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** à Apelação.

É como voto.

[1] [1] (RE 1052420 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 17/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-279 DIVULG 04-12-2017 PUBLIC 05-12-2017);

(ARE 1027716 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 05/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 22-06-2017 PUBLIC 23-06-2017);

(RE 984430 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 05/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 07-08-2017 PUBLIC 08-08-2017);

(ARE 893893 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 28-04-2016 PUBLIC 29-04-2016);

(RE 869568 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 07/04/2015,

[2] FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 8ª ed, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2001. p. 779.

A Senhora Desembargadora MARIA DE LOURDES ABREU - Relatora Designada e 1º Vogal

Consoante bem relatado pela eminente Desembargadora Fátima Rafael, trata-se de recursos de apelação interpostos por **CHEMICALTECH IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO DE PRODUTOS MÉDICOS FARMACÊUTICOS E HOSPITALARES LTDA** das sentenças que, nos autos dos mandados de segurança impetrados contra atos alegadamente abusivos e ilegais atribuídos ao **SUBSECRETÁRIO DA RECEITA DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL** (processos n.º 070258-04.2017.8.07.0018 e n.º 0705504-27.2017.8.07.0018), revogou as liminares concedidas e denegou a ordem.

Iniciado o julgamento e verificando a necessidade de melhor analisar a matéria, pedi vista dos autos. E após compulsá-los, **passo à análise da apelação, para, com as vênias de estilo, apresentar voto divergente no sentido da concessão da segurança.**

A ação constitucional do mandado de segurança, prevista no artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal, e regulada pela Lei n.º 12.016/09, é medida excepcional para se proteger direito líquido e certo sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Por se tratar de ação sob o rito sumário, que não admite dilação probatória, cabe à parte tomar as devidas precauções no sentido de apresentar todo o acervo probatório a demonstrar de forma cabal a sua pretensão. Ou seja, o impetrante, mediante prova pré-constituída, embasado em situação fática perfeitamente delineada, deve comprovar de plano o direito invocado.

De plano, renovando as vênias à eminente Desembargadora Relatora, constato que a questão *sub judice* não se insere na hipótese preceituada pelo enunciado n.º 266 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que estabelece ser o mandado de segurança via inadequada para se questionar atos normativos em tese.

Isso porque, no caso, o impetrante atribui ao Subsecretário da Receita da Secretaria de Estado da Fazenda do Distrito Federal ato ilegal e abusivo consubstanciado na negativa de concessão da isenção de ICMS ao medicamento DOSATAXEL, cujo princípio ativo (docetaxel) é o mesmo dos medicamentos previstos no item 43 do Anexo Único do Convênio ICMS 162/94, com a redação dada pelo Convênio 32/14, ambos do CONFAZ, e no item 75, subitens 28 e 29, do Caderno I, do Anexo I (Isenções), do Decreto Distrital n.º 18.955/1997 (Regulamento do ICMS), com a redação dada pelo Decreto Distrital n.º 37.893/2016.

Dessa forma, considerando que os presentes mandados de segurança visam compelir a autoridade coatora a conceder a isenção do ICMS ao medicamento DOSATAXEL, com fundamento no item 75, subitens 28 e 29, do Decreto Distrital n.º 18.955/1997, cabível a impetração.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 150, § 6º, prescreve que “*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, § 2.º, XII, g*”, que, ao seu turno, estabelece:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

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.

No caso e nos moldes estabelecidos pelo artigo 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal, foi celebrado o Convênio ICMS 162/94, com a redação dada pelo Convênio 32/14, ambos do CONFAZ, *in litteris*:

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.

§ 3º 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.

Por sua vez, o Anexo Único desse Convênio, em seu item 43, estabeleceu a possibilidade de concessão de isenção de ICMS ao medicamento docetaxel triidratado.

Nesse contexto e no exercício da competência tributária que lhe foi outorgada pelo artigo 155, II, da Constituição Federal, o Distrito Federal editou o Decreto n.º 37.893/2016, que alterou o Decreto n.º 18.955/1997 (Regulamento do ICMS), para, na forma de seu artigo 6º – que estabelece as operações e prestações isentas de ICMS –, fazer constar, em seu Anexo I, Caderno I (Isenções), item 75, subitens 28 e 29, os medicamentos Docelibbs e Docetere, os quais possuem como princípio ativo o docetaxel triidratado.

Pois bem, não se desconhece que o artigo 111, II, do Código Tributário Nacional, preconiza que a legislação tributária que disponha sobre a outorga de isenção deve ser interpretada de forma literal.

Todavia, é certo que mesmo a interpretação literal não pode estar dissociada das regras e princípios constitucionais que regulam a atividade tributante do Estado, em especial, para o deslinde do caso *sub examine*, o princípio da isonomia tributária, previsto no artigo 150, II, da Constituição Federal. Confira-se:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Na hipótese dos autos, constata-se que o Decreto Distrital n.º 18.955/1997, ao enumerar, para concessão da isenção do ICMS autorizada pelo Convênio ICMS 162/94 do CONFAZ, duas marcas (Docelibbs e Docetere) de medicamentos que têm por princípio ativo o docetaxel triidratado, o fez de forma exemplificativa por mera opção de técnica legislativa.

Entendimento diverso consubstanciaria em flagrante violação ao princípio da isonomia tributária, visto que é expressamente vedado pela Constituição Federal o estabelecimento de tratamento tributário diferenciado apenas em função da marca de determinado produto.

Dessa forma, à luz do princípio constitucional da isonomia tributária, o Decreto n.º 18.955/1997 deve ser interpretado em conjunto com o Convênio ICMS 162/94 do CONFAZ, que expressamente autorizou a concessão de isenção de ICMS aos medicamentos destinados ao tratamento de câncer que possuam como princípio ativo, dentre outros, o docetaxel triidratado.

Nesse diapasão, no âmbito do Distrito Federal, atendidos os requisitos legais, a todo e qualquer medicamento destinado ao tratamento do câncer que possua como princípio ativo o docetaxel triidratado deve ser dispensado o mesmo tratamento fiscal atribuído exemplificadamente às marcas Docelibbs e Docetere pelo Decreto Distrital n.º 18.955/1997.

O caso dos autos, contudo, apresenta uma particularidade, visto que o medicamento Dosataxel, cuja concessão da isenção do ICMS pretende o impetrante, apesar de ter por princípio ativo o docetaxel, o tem na forma anidra (sem a presença de moléculas de água na composição), e não na forma triidratada (com a presença de três moléculas de água na composição), como previsto tanto pelo Decreto Distrital n.º 18.955/1997 como pelo Convênio ICMS 162/94 do CONFAZ.

Nada obstante, compulsando-se atentamente os autos constata-se que o impetrante instruiu os presentes mandados de segurança com prova robusta, inclusive com laudo produzido pela ANVISA, no sentido de que o docetaxel tanto na forma anidra (sem moléculas de água) como na forma solvatada (com moléculas de água) possuem o mesmo princípio ativo.

Dessa forma, considerando a evidente finalidade extrafiscal das normas em questão, que visam à redução do preço de medicamentos destinados ao tratamento do câncer, medicamentos esses que são de preços sabidamente elevados, tanto o item 43 do Convênio ICMS 162/94 do CONFAZ quanto os subitens 28 e 29 do item 75 do Caderno I (Isenções) do Anexo I do Decreto Distrital n.º 18.955/1997 devem ser interpretados restritivamente para permitir a concessão da isenção do ICMS aos medicamentos que possuam como princípio ativo o docetaxel, pouco importando se na forma anidra

(sem moléculas de água) ou na forma triidratada (com três moléculas de água), visto que, nesse caso, o legislador foi além do que deveria no exercício de sua competência tributária, pois restringiu a aplicação da isenção onde incabível.

Por oportuno, cumpre destacar que não se está a estender a isenção prevista no Convênio ICMS 162/94 do CONFAZ e no Decreto Distrital n.º 18.955/1997 a situações a ela análogas, o que é vedado pelo artigo 111 do Código Tributário Nacional, mas sim a, mediante interpretação restritiva dos dispositivos que concederam a isenção, garantir a eficácia de sua finalidade extrafiscal.

Destarte, comprovado o direito líquido e certo à concessão da isenção do ICMS ao medicamento DOSATAXEL (docetaxel anidro) a reforma da sentença, com a consequente concessão da segurança, é medida que se impõe.

Ante o exposto, **CONHEÇO** e **DOU PROVIMENTO** aos recursos, para reformando as sentenças, conceder definitivamente a ordem, para, com fundamento no Convênio ICMS 162/94 do CONFAZ (item 43 do Anexo Único) e no Decreto Distrital n.º 18.955/1997 (subitens 28 e 29 do item 75 do Caderno Ido Anexo I) determinar à autoridade coatora que, atendidos os requisitos legais, conceda à impetrante a isenção do ICMS ao medicamento DOSATAXEL (docetaxel anidro).

É o meu voto.

O Senhor Desembargador ALVARO CIARLINI - 2º Vogal

Senhora Presidente,

Convém ressaltar que o Voto proferido pela Eminente Relatora dirime adequadamente a questão.

Contudo, é necessário proceder-se a uma breve exposição a respeito do conceito de droga, fármaco, medicamento, e remédio.

Em que pese o senso comum invariavelmente embaralhar os mencionados conceitos, a sua utilização nas decisões judiciais deve ocorrer com a maior precisão possível para evitar qualquer forma de confusão ou contradição.

A propósito, destacam-se as lições de Irany Novah Moraes:^[1]

“A Organização Mundial de Saúde utiliza droga, fármaco e medicamento indiferentemente, mas os puristas definem como *droga* a substância bruta em que existe um princípio ativo; como *fármaco* a substância de estrutura bem definida, obtida por síntese ou extraída dos princípios ativos; e como *medicamento* a associação de um ou mais fármacos aditivos (veículos, excipientes como características que permitem corrigir sabor como no caso de adoçantes, aglutinantes etc.). *Remédio*, por sua vez, é tudo o que se pode ser utilizado para evitar, curar ou minimizar a doença.”

Diante desse cenário, observa-se que o medicamento a que se pretende estender a isenção concedida pelo Convênio nº 162/1994 do CONFAZ utiliza em sua composição princípio ativo (docetaxel na forma anidra) distinto daquele previsto no mencionado convênio (docetaxel triidratado).

Assim, apesar ter finalidade similar a de outros medicamentos que são objeto de isenção (DOCELIBBS e DOCETERE), o DOSATAXEL com eles não se confunde, não correspondendo ao mesmo medicamento, tendo em vista que é formado em sua composição por outro princípio ativo.

Dessa forma, abranger a isenção prevista no Convênio nº 162/1994 do CONFAZ para o medicamento DOSATAXEL resultaria em interpretação extensiva de norma configuradora de isenção, o que viola o previsto no art. 111, inc. II do Código Tributário Nacional, que dispõe que a legislação tributária referente à outorga de isenção deve ser interpretada de forma literal.

Feitas essas considerações, acompanho voto da Eminente Relatora para negar provimento ao recurso.

[1]MORAES, Irany Novah. Erro Médico e a Lei. 3. ed. São Paulo: RT, 1995, P. 203.

O Senhor Desembargador FLAVIO ROSTIROLA - 3º Vogal

Com a devida vênia, acompanho a divergência para dar provimento porque o medicamento em comento é similar àquele que dispõe de isenção.

O Senhor Desembargador GILBERTO DE OLIVEIRA - 4º Vogal

Com a divergência.

DECISÃO

CONHECER E DAR PROVIMENTO, MAIORIA, REDIGIRÁ O ACÓRDÃO A E. PRIMEIRA VOGAL. QUÓRUM COMPLEMENTADO (ART. 942 DO CPC/2015)