



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS
CONGÊNERES

PARECER REFERENCIAL n. 00008/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.048792/2020-86

INTERESSADOS: COORDENAÇÃO-GERAL DE AQUISIÇÕES DE INSUMOS ESTRATÉGICOS PARA SAÚDE - CGIES/DLOG/SE/MS E OUTROS

ASSUNTOS: Manifestação jurídica referencial para celebração de aditivos para reequilíbrio econômico financeiro decorrentes da revogação da isenção tributária do ICMS no Estado de São Paulo, decorrente da Lei nº 17.293, de 15/10/2020.

EMENTA: MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL COM BASE NA ON 55/2014 DA AGU, APROVAÇÃO DE MINUTA-PADRÃO DE ADITIVO CONTRATUAL PARA REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DECORRENTES DA REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS NO ESTADO DE SÃO PAULO, DECORRENTE DA LEI Nº 17.293, DE 15/10/2020. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. I - Pedido de reequilíbrio Econômico-Financeiro. Art. 65, II, §5º, da Lei nº 8.666/93. II - Alterações da regra de isenção tributária pelo Estado de São Paulo. DECRETO Nº 65.255, DE 15 DE OUTUBRO DE 2020 e Lei nº 17.293, de 15 de outubro de 2020 III - Análise dos elementos necessários. IV - Pela possibilidade de aditamento contratual desde que observadas as recomendações do presente parecer jurídico. V - Considerações acerca da alteração das normas tributárias - ADI 6656.

1. **Trata-se de processo encaminhado a esta especializada por meio do Despacho DIVAN 0020226328, para análise e manifestação acerca da minuta de Termo Aditivo ao Contrato nº 329/2020 (0020226319).** O contrato foi celebrado em razão da Inexigibilidade de Licitação nº 46/2020, cujo objeto é a aquisição de Darunavir (75mg, 150mg, 600mg e 800mg) e Etravirina (100mg e 200mg) conforme especificações e quantitativos estabelecidos no Termo de Referência – TR nº 30438 e na proposta final.

2. O Contrato nº 329/2020 (0017690877) foi celebrado em 26/11/2020 e teve o prazo de vigência inicialmente fixado em 12 (doze) meses, a contar da data de suas respectivas assinaturas.

3. A minuta do Segundo Termo Aditivo ao Contrato nº 329/2020 (0020226319), apresenta o seguinte objeto:

O objeto do presente Termo Aditivo é o reequilíbrio econômico e financeiro do valor unitário dos insumos adquiridos no Contrato nº 329/2020.

4. **Como dito, os autos foram encaminhados à CONJUR/MS para análise e manifestação, com fulcro no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.**

5. **Os autos estão instruídos no âmbito do SEI-MS, com os seguintes documentos:**

Processo Sinprocesso nº undefined Vol undefined (0016134807)
Termo de Referência (0017682031)
Justificativa (0017682065)
Proposta da Empresa (0017682090)
Nota Técnica - COLMER (0017682123)
Declaração de Exclusividade (0017682169)
Documento Fiscal Compilado (0017682205)
Documento Validação Fiscal (0017682245)
Despacho COMUNICAÇÃO AO ORDENADOR DE DESPESA (0017682268)
Despacho de Ratificação (0017682316)
Extrato de Publicação no DOU (0017682360)
Nota de Empenho (0017682413)
Despacho CONJUR (0017682449)
Cronograma Atualizado (0017689054)
Documento Resposta do Representante da Empresa (0017705248)
Documento Declaração Roger Patti (0017705525)
25000.162263/2020-94
Ofício 662 (0017690829)
Nota DIVAN 0017690849
Contrato 329 (0017690877)
Certidão Compilada em 26.11.2020 (0017798787)
E-mail DIVAN 0017817191
Portaria Publicada de fiscais do CT 329/2020 (0017831040)
Despacho CGAHV 0017925174 ☐
Despacho DLOG 0017946648 ☐
Mensagem 20200725582 (0017968786)
Nota 2020NC6479 (0017980946)
Certidão CERTIDÃO TCU, CADIN E SICAF (0017981153)
Nota 2020NE801082 (0017981386)
Despacho DIVEO/CGORF 0017981414 ☐
Despacho CGORF/DLOG 0017982499
Documento de Garantia do CT 329.2020 (0018020981)
Despacho DIVAN 0018021147
Registro Siafi (0018067072)
Despacho CGAHV 0018330211
Despacho CGORF/DLOG 0018342117
Despacho CGAHV 0018346251
Despacho DLOG 0018373379
Mensagem 20210025426 (0018459781)
Nota 2021NC800146, 800135, 800163, 800123 (0018538762)
Certidão CERTIDÃO TCU, CADIN E SICAF (0018540678)
Nota 2021NE000030 (0018541026)
Despacho DIVEO/CGORF 0018541042
Despacho CGORF/DLOG 0018541248
Carta Janssen - Alteração do preço unitário (0019417247)
Ofício 852 (0019777814)
Anexo - Ajuda Memória (0019777821)
Anexo I - Endereços - Almoxarifados Centrais (0019417280)
Despacho CGAHV 0019417293
Despacho DIVAN 0019429249
Despacho CGAHV 0019668065
Minuta padrão para alteração cronograma (0019687460)
Parecer referencial para alteração cronograma (0019687499)
Ofício 138 (0019687528)
Nota DIVAN 0019687821
Termo Aditivo DIVAN 0019687861
Ofício SOLICITAÇÃO DE REEQUILÍBRIO (0019933111)
Despacho DIVAN 0019957194
Anexo Pesquisa DW-Comprasnet (0019986474)
Anexo Pesquisa Internacional (0020040057)
Despacho COLMER 0020040520
Nota Técnica 23 (0020120898)

6. Os autos foram encaminhados para a análise concreta da minuta do segundo termo aditivo ao Contrato nº 329/2020, apesar disto, diante do potencial multiplicado da presente demanda, a coordenação desta CGLICI informou-me da necessidade de elaborar manifestação referencial para o caso.
7. Desta forma, elaboro a presente manifestação nos moldes de uma manifestação jurídica referencial, que tem como objeto os aditivos para reequilíbrio econômico financeiro decorrentes da revogação da isenção tributária do ICMS no Estado de São Paulo, decorrente da Lei nº 17.293, de 15/10/2020.
8. É o sucinto relatório.

1. DA FIGURA DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL

9. O procedimento ordinário para a celebração de contratações pela Administração envolve a análise prévia desta consultoria de todas as minutas e procedimentos que visem a celebração de contrato e seus aditivos, tendo como fundamento conferir higidez jurídica no que envolve a matéria, conforme dispõe o artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93.
10. No entanto, o elevado número de processos repetitivos versando sobre assuntos semelhantes tem, inevitavelmente, o efeito reflexo de tumultuar a atuação do órgão de assessoramento jurídico da Administração, embaraçando o desempenho de sua atribuição institucional. Em razão de situações como a narrada, a Advocacia Geral da União (AGU) publicou, no dia 23 de maio de 2014, a Orientação Normativa nº 55, possibilitando a figura da Manifestação Jurídica Referencial:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 55, DE 23 DE MAIO DE 2014

O ADVOGADO GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 56377.000011/200912, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993: I Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação. II Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

Referência: Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

RETIFICAÇÃO: Na Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014, publicada no Diário Oficial da União nº 98, de 26 de maio de 2014, Seção 1, pág. 29, onde se lê: "Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014...", leia-se: "Orientação Normativa nº 55, de 23 de maio de 2014...".

11. Da leitura da Orientação Normativa em apreço, depreende-se a expressa autorização, no âmbito da AGU, para elaboração de manifestação jurídica referencial, definida como sendo aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes.

12. Dessa forma, com a manifestação jurídica referencial, os processos administrativos que veicularem consultas idênticas à enfrentada na manifestação referencial estarão dispensados de análise individualizada pelo órgão jurídico, bastando, para tanto, que as instâncias técnicas da Administração atestem, expressamente, que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação referencial adotada pela Advocacia-Geral da União.

13. A grosso modo, a manifestação jurídica referencial consiste em parecer jurídico genérico, vocacionado a balizar todos os casos concretos, cujos contornos se amoldem ao formato do caso abstratamente analisado.

14. Trata-se, portanto, de ato enunciativo perfeitamente afinado com o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), que, seguramente, viabilizará o adequado enfrentamento de questões que, embora dotadas de baixa densidade jurídica, terminavam por tumultuar a agenda desta Consultoria Jurídica, dificultando a dedicação de tempo às verdadeiras questões jurídicas.

15. Tal medida já havia sido expressamente recomendada pelo Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, consoante se infere da leitura do excerto abaixo transcrito:

Embora a atividade consultiva não se confunda com as atividades da Entidade/Órgão Assessorado, o Órgão Consultivo possui importante papel no sentido de estimular padronização e orientação geral a respeito de assuntos que despertaram ou possam despertar dúvidas jurídicas. Deste modo, é recomendável a elaboração de minutas padrão de documentos administrativos, treinamentos com os gestores e pareceres com orientações "in abstrato", a fim de subsidiar a prática de atos relacionados a projetos ou políticas públicas que envolvam manifestações repetitivas ou de baixa complexidade jurídica. (Enunciado nº 34 do Manual de Boas Práticas da Advocacia-Geral da União).

16. Essa iniciativa foi analisada e aprovada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), conforme notícia divulgada no Informativo TCU nº 218/2014:

Informativo TCU nº 218/20143. É possível a utilização, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes. Embargos de Declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU), em face de determinação expedida pelo TCU à Comissão Municipal de Licitação de Manaus e à Secretaria Municipal de Educação de Manaus, alegaram obscuridade na parte dispositiva da decisão e dúvida razoável quanto à interpretação a ser dada à determinação expedida. Em preliminar, após reconhecer a legitimidade da AGU para atuar nos autos, anotou o relator que o dispositivo questionado "envolve a necessidade de observância do entendimento jurisprudencial do TCU acerca da emissão de pareceres jurídicos para aprovação de editais licitatórios, aspecto que teria gerado dúvidas no âmbito da advocacia pública federal". Segundo o relator, o cerne da questão "diz respeito à adequabilidade e à legalidade do conteúdo veiculado na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, que autoriza a emissão de 'manifestação jurídica referencial', a qual, diante do comando (...) poderia não ser admitida". Nesse campo, lembrou o relator que a orientação do TCU "tem sido no sentido da impossibilidade de os referidos pareceres serem incompletos, com conteúdos genéricos, sem evidencição da análise integral dos aspectos legais pertinentes", posição evidenciada na Proposta de Deliberação que fundamentou a decisão recorrida. Nada obstante, e "a despeito de não pairar obscuridade sobre o acórdão ora embargado", sugeriu o relator fosse a AGU esclarecida de que esse entendimento do Tribunal não impede que o mesmo parecer jurídico seja utilizado em procedimentos licitatórios diversos, desde que trate da mesma matéria e aborde todas as questões jurídicas pertinentes. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta do relator, negando provimento aos embargos e informando à AGU que "o entendimento do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, esclarecendo a ainda, de que a presente informação é prestada diante da estrita análise do caso concreto apreciado nestes autos, não se constituindo na efetiva apreciação da regularidade da aludida orientação normativa, em si mesma". Acórdão 2674/2014 Plenário, TC 004.757/20149, relator Ministro Substituto André Luís de Carvalho, 8/10/2014.

17. Do acima exposto, pode-se concluir que:

- A manifestação jurídica referencial uniformiza a atuação do órgão jurídico relativamente às consultas repetitivas;
- A adoção de manifestação jurídica referencial torna desnecessária a análise individualizada de processos que versem sobre matéria que já tenha sido objeto de análise em abstrato, sendo certo que as orientações jurídicas veiculadas através do

- parecer referencial aplicar-se-ão a todo e qualquer processo com idêntica matéria.
- o A elaboração de manifestação jurídica referencial depende da confluência de dois requisitos objetivos, a saber: i) a ocorrência de embaraço à atividade consultiva em razão da tramitação de elevado número de processos administrativos versando sobre matéria repetitiva e ii) a singeleza da atividade desempenhada pelo órgão jurídico, que se restringe a verificar o atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos; e
 - o a dispensa do envio de processos ao órgão jurídico para exame individualizado fica condicionada ao pronunciamento expresse, pela área técnica interessada, no sentido de que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação jurídica referencial já elaborada sobre a questão.

18. É o que se passará, agora, a fazer.

2. DO CABIMENTO DE MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL NO CASO DOS AUTOS

19. A elaboração de **manifestação jurídica referencial** depende da comprovação, sob pena de invalidade, de dois requisitos: **i) do volume de processos em matérias idênticas e recorrentes**, que, de acordo com a ON nº 55, deve impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e **ii) da singeleza da atuação da assessoria jurídica nos casos analisados**, que deve-se restringir à verificação do atendimento das exigências legais, a partir da simples conferência de documentos.

20. Relativamente ao primeiro requisito, **a quantidade elevada de causas semelhantes que necessitarão da celebração de aditivos é enfatizada pelo DLOG na Nota Técnica 23 (0020120898), conforme segue:**

Sendo essas considerações no âmbito desta Divisão de Contabilidade da Coordenação-Geral de Execução Orçamentária e Financeira, restituímos o feito à COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS para conhecimento e demais diligências que entenderem necessárias, sugerindo envio à D. Consultoria Jurídica deste Ministério da Saúde para análise quanto ao tema, a fim de dirimir eventuais dúvidas jurídicas quanto a razoabilidade da concessão do reequilíbrio econômico-financeiro, face a incidência do ICMS no Estado de São Paulo, **haja vista que haverá impacto em outros contratos firmados com a Pasta, para fornecimento de medicamentos e insumos estratégicos para saúde.**
(grifos nossos)

21. Conforme já mencionado em outras oportunidades, com a obrigatoriedade de se analisar todos os processos administrativos, há, como já referido, impacto negativo na atuação da Coordenação-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres -CGLICI, responsável pela consultoria e assessoramento jurídico do Ministério da Saúde.

22. Quanto ao segundo requisito imposto pela ON AGU nº 55, observa-se que o exame jurídico da CGLICI será limitado à mera conferência de documentos, não havendo que se falar de peculiaridades que determinem a análise jurídica individualizada dos referidos processos.

23. **Além disto, trata-se reequilíbrio econômico do contrato em razão de alteração legislativa por ente estadual, de forma que sua influência sobre as contratações (nas quais incidente) é uniforme. Além disto, a análise dos pleitos de reequilíbrio envolve, de forma preponderante, análise contábil e financeira da questão, assuntos esses que fogem da competência desta CGLICI.**

24. De todo modo, para que a análise individualizada dos processos reste dispensada, faz-se necessário que a área técnica interessada ateste, de forma expressa, que o caso concreto veiculado por cada processo administrativo se amolda aos termos da presente manifestação jurídica referencial.

25. **Deixa-se claro, no presente momento, que o objeto da presente manifestação jurídica referencial são os aditivos para reequilíbrio econômico financeiro decorrentes da revogação da isenção tributária do ICMS no Estado de São Paulo, decorrente da Lei nº 17.293, de 15/10/2020.**

3. DO VIÉS JURÍDICO DA PRESENTE MANIFESTAÇÃO

26. Ressalte-se que incumbe a este órgão de execução da AGU prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, assim como os aspectos técnicos, econômicos, financeiros e orçamentários. A Boa Prática Consultiva – **BPC nº 07**, editada pela AGU, corrobora tal entendimento.

27. Frisa-se, ainda, que não compete a esta CGLICI apreciar as questões de interesse e oportunidade do ato que se pretende praticar, visto que são da esfera discricionária do Administrador, tampouco dos atos técnicos e das especificações e fundamentações de ordem técnica explicitadas para justificar a celebração do ajuste.

28. Cabe esclarecer que, via de regra, **não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos**. Incumbe, isso sim, a cada um desses observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.

29. Desse modo, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas ou citadas as publicações dos atos de nomeação ou designação da autoridade e demais agentes administrativos, os atos normativos que estabelecem as respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto.

30. **Registra-se, por oportuno, que a presente manifestação não significa, de maneira alguma, chancela a atos anteriores, que fogem do escopo deste opinativo.**

4. DA NECESSÁRIA REGULARIDADE DA FORMAÇÃO DO PROCESSO

31. De acordo com o art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, salvo expressa disposição legal.

32. Com efeito, no que pertine especificamente à licitação, bem como contratos/convênios e outros ajustes, conforme artigo 38 da Lei nº 8.666, de 1993, o processo administrativo deverá observar as normas que lhes são pertinentes, iniciando-se com a devida autuação, com a correspondente protocolização e numeração, juntando-se, em sequência cronológica, os documentos pertinentes, cujas folhas devem ser numeradas e rubricadas, sendo que cada volume deverá conter os respectivos termos de abertura e encerramento, contendo, na medida do possível, no máximo, 200 folhas:

33. Neste sentido a Orientação Normativa AGU nº 2, de 1º de abril de 2009 dispõe:
Os instrumentos dos contratos, convênios e demais ajustes, bem como os respectivos aditivos, devem integrar um único processo administrativo, devidamente autuado em sequência cronológica, numerado, rubricado, contendo cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento.

34. É certo que tais normas devem ser adaptadas e aplicadas, naquilo que couber, ao processo eletrônico.

35. Deste modo, todos os atos administrativos referentes a contratos e seus aditivos devem integrar o mesmo processo administrativo, físico ou eletrônico, com os eventos dispostos em ordem cronológica, conforme ON AGU n. 02/2009. **É irregular a abertura de novos processos – novos NUPs (número único de protocolo) para cada ocorrência verificada na história daquela contratação, a exemplo de um novo processo para eventual aditivo quantitativo ou novo processo para a prorrogação.**

5. DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

36. Pretende-se a Administração formalizar o reequilíbrio econômico-financeiro do valor contratado, em razão da revogação da isenção do ICMS no Estado de São Paulo anteriormente incidente sobre o objeto contratado. Tal revogação decorreu da publicação do DECRETO Nº 65.255, DE 15 DE OUTUBRO DE 2020, o qual em seu artigo primeiro promoveu a seguinte alteração no regramento anterior:

Artigo 1º - Passam a vigorar, com a redação que se segue, os dispositivos adiante indicados do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS, aprovado pelo Decreto 45.490, de 30 de novembro de 2000:

I - do Anexo I:

a) o § 3º do artigo 2º:

“§ 3º - A isenção prevista neste artigo:

1. fica condicionada à concessão de isenção ou alíquota zero do Imposto de Importação ou do Imposto sobre Produtos Industrializados;
2. aplica-se, apenas, nas operações destinadas a:
 - a) hospitais públicos federais, estaduais ou municipais;
 - b) santas casas;
3. poderá ser concedida, total ou parcialmente, a outras entidades beneficentes e assistenciais hospitalares, nos termos, condições e prazos estabelecidos em resolução conjunta das Secretarias da Fazenda e Planejamento, de Saúde e de Projetos, Orçamento e Gestão.”; (NR)

37. Houve, desta forma, a alteração do artigo 2º, do Anexo I, do RICMS, o qual passou a prever uma isenção condicionada a operações destinadas a :

- a) hospitais públicos federais, estaduais ou municipais;
- b) santas casas;

38. Sobre o tema, a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo já emitiu resposta à Consulta Tributária nos seguintes termos:

RESPOSTA À CONSULTA TRIBUTÁRIA 22808/2020, de 12 de fevereiro de 2021.

Disponibilizado no site da SEFAZ em 13/02/2021

Ementa

ICMS – Isenção – artigos 2º, 14, 92, e 154, todos do Anexo I do RICMS/2000 - Decretos nº 65.254/2020 e nº 65.255/2020.

I. A partir de 1º/01/2021, o item 1 do §4º do artigo 14 e o item 1 do §4º do artigo 92, ambos do Anexo I do RICMS/2000, e a partir de 15/01/2021, o item 2 do § 3º do artigo 2º e o item 1 do §3º do artigo 154, ambos, do Anexo I do RICMS/2000, dispõem que a isenção prevista no caput dos respectivos artigos é aplicável apenas nas operações com mercadorias destinadas aos hospitais públicos federais, estaduais ou municipais e santas casas.

II. Nas operações e prestações de serviços internas, relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias, poderá ser aplicada a isenção prevista no artigo 55 do Anexo I do RICMS/2000, desde que cumpridos os requisitos ali previstos.

Relato

1. A Consultante, que exerce como atividade principal o “comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano” (CNAE 46.44-3/01), apresenta dúvidas em relação aos Decretos nº 65.254/2020 e nº 65.255/2020, que introduziram alterações no Regulamento do ICMS (RICMS/2000).

2. Informa que anexou relação de produtos que comercializa e relaciona os dispositivos do Anexo I que foram afetados pelos aludidos decretos:

2.1. medicamentos destinados ao tratamento dos portadores do vírus da AIDS, isenção prevista no artigo 2º do Anexo I do RICMS/2000 (autorizada pelo Convênio ICMS 10/2002);

2.2. medicamentos destinados ao tratamento de câncer, isenção prevista no artigo 154 do Anexo I do RICMS/2000 (autorizada pelo Convênio ICMS 162/1994);

2.3. equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, isenção prevista no artigo 14 do Anexo I do RICMS/2000 (autorizada pelo Convênio ICMS 01/1999);

2.4. medicamentos trombolíticos, isenção prevista no artigo 92 do Anexo I do RICMS/2000 (Convênio ICMS 140/2001).

3. Destaca que, com as alterações nos citados dispositivos do Anexo I do RICMS/2000, as isenções em comento:

3.1. aplicam-se, apenas, nas operações destinadas a hospitais públicos federais, estaduais ou municipais, e às santas casas;

3.2. poderão ser concedidas total ou parcialmente, a outras entidades beneficentes e assistenciais hospitalares, nos termos, condições e prazos estabelecidos em resolução conjunta das Secretarias da Fazenda e Planejamento, de Saúde e de Projetos, Orçamento e Gestão, nos termos do item 3 do § 3º do artigo 2º, no item 2 do §3º do artigo 154, no item 2 do §4º do artigo 14 e no item 2 do §4º do artigo 92, todos, do Anexo I do RICMS/2000.

4. Relata que seus clientes são tanto hospitais públicos federais, estaduais ou municipais e santas casas, quanto Estados e Municípios, que adquirem os medicamentos em nome próprio e em seguida as distribuem para as Unidades Básicas de Saúde (UBS) e Unidades de Pronto Atendimento (UPA).

5. Expõe que as unidades UBSs e UPAs compõem, juntamente com os hospitais públicos federais, estaduais e municipais e santas casas, o Sistema Único de Saúde (SUS), assim, apresenta entendimento de que não há razão para o tratamento diverso para as unidades da federação e os hospitais públicos federais, estaduais ou municipais e santas casas, no que tange ao benefício da isenção.

6. Acrescenta que, dentre os seus clientes, também há outros estabelecimentos prestadores de serviço de saúde, tais como planos de saúde, hospitais privados, clínicas, estabelecimentos de atividade veterinária, entre outros, relacionados na planilha em anexo.

7. Em relação aos estabelecimentos mencionados no item 6, entende que poderá ser concedida, total ou parcialmente, a outras entidades beneficentes e assistenciais hospitalares, nos termos, condições e prazos estabelecidos em resolução conjunta das Secretarias da Fazenda e Planejamento, de Saúde e de Projetos, Orçamento e Gestão (subitem 3.2 desta consulta).

8. Isso posto, indaga:

8.1. se as isenções previstas nos artigos 2º, 154, 14 e 92, todos do Anexo I do RICMS/2000, podem ser estendidas às vendas de fármacos, produtos intermediários e medicamentos realizadas a Estados e Municípios para distribuição às suas respectivas Unidades Básicas de Saúde (UBS), Unidades de Pronto Atendimento (UPA) e hospitais;

8.2. se existe a possibilidade, nos termos do item 3 do § 3º do artigo 2º, no item 2 do §3º do artigo 154, no item 2 do §4º do artigo 14 e no item 2 do §4º do artigo 92, todos do Anexo I do RICMS/2000, estender a isenção prevista nesses dispositivos a outros estabelecimentos prestadores de serviços de saúde, tais como planos de saúde, hospitais privados, clínicas, atividade veterinária etc., assim como os relacionados na planilha anexada.

Interpretação

9. Inicialmente, cabe informar que a planilha de estabelecimentos prestadores de serviços de saúde não se encontra anexada à consulta.

10. Isso posto, reproduzimos os artigos do Anexo I citados no item 2 desta consulta:

“Artigo 2º (AIDS - MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO) - Operações a seguir indicadas com fármacos, produtos intermediários e medicamentos (Convênio ICMS-10/02): (Redação dada ao artigo pelo Decreto 46.778 de 21-05-2002; DOE 22-05-2002; efeitos a partir de 09-04-2002)

I - desembaraço aduaneiro, decorrente de importação do exterior de fármacos, produtos intermediários e medicamentos indicados no § 1º;

II - a saída interna ou interestadual de fármacos e de medicamentos indicados no § 2º.

(...)

§ 3º - A isenção prevista neste artigo: (Redação dada ao parágrafo pelo Decreto 65.255, de 15-10-2020, DOE 16-10-2020; efeitos a partir de 15 de janeiro de 2021)

1. fica condicionada à concessão de isenção ou alíquota zero do Imposto de Importação ou do Imposto sobre Produtos Industrializados;

2. aplica-se, apenas, nas operações destinadas a:

- a) hospitais públicos federais, estaduais ou municipais;
- b) santas casas;

3. poderá ser concedida, total ou parcialmente, a outras entidades beneficentes e assistenciais hospitalares, nos termos, condições e prazos estabelecidos em resolução conjunta das Secretarias da Fazenda e Planejamento, de Saúde e de Projetos, Orçamento e Gestão.

§ 4º - Não se exigirá o estorno do crédito do imposto relativo aos produtos beneficiados com a isenção prevista neste artigo.”.

“Artigo 14 (CIRURGIAS - EQUIPAMENTOS E INSUMOS) - Operação com os equipamentos e insumos utilizados em cirurgias, arrolados no Anexo Único do Convênio ICMS- 1/99, de 2 de março de 1999 (Convênio ICMS-1/99). (Redação dada ao “caput” do artigo pelo Decreto 56.804, de 03-03-2011; DOE 04-03-2011; Retificação DOE 10-03-2011; Efeitos desde 01-03-2011)

§ 1º - A fruição do benefício previsto neste artigo fica condicionada a que a operação esteja amparada por isenção ou alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados ou do Imposto de Importação.

§ 2º - Não se exigirá o estorno do crédito do imposto relativo aos produtos beneficiados com esta isenção.

§ 3º - Este benefício vigorará até 31 de dezembro de 2022. (Redação dada ao parágrafo pelo Decreto 65.254, de 15-10-2020, DOE16-10-2020; em vigor em 1º de janeiro de 2021)

§ 4º - A isenção prevista neste artigo: (Parágrafo acrescentado pelo Decreto 65.254, de 15-10-2020, DOE 16-10-2020; em vigorem 1º de janeiro de 2021)

1. aplica-se, apenas, nas operações destinadas a:

- a) hospitais públicos federais, estaduais ou municipais;
- b) santas casas;

2. poderá ser concedida, total ou parcialmente, a outras entidades beneficentes e assistenciais hospitalares, nos termos, condições e prazos estabelecidos em resolução conjunta das Secretarias da Fazenda e Planejamento, de Saúde e de Projetos, Orçamento e Gestão.”.

“Artigo 92 (MEDICAMENTOS) - Operações com os medicamentos relacionados na cláusula primeira do Convênio ICMS-140/01, de 19 de dezembro de 2001 (Convênio ICMS-140/01). (Redação dada ao “caput” do artigo pelo Decreto 57.029, de 31-05-2011; DOE01-06-2011; efeitos desde 26-04-2011)

§ 1º - A fruição do benefício, a partir de 1º de outubro de 2002, fica condicionada a que a parcela relativa à receita bruta decorrente das operações previstas neste artigo esteja desonerada das contribuições para o Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e para a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS. (Convênio ICMS-140/01, cláusula primeira, parágrafo único, e cláusula segunda, I, ambos na redação do Convênio ICMS-119/02, cláusulas primeira e segunda) (Redação dada ao parágrafo pelo Decreto 47.278 de 29-10-2002; DOE 30-10-2002; efeitos a partir de 14-10-2002)

§ 2º - Não se exigirá o estorno do crédito do imposto relativo aos medicamentos beneficiados com a isenção prevista neste artigo (Convênio ICMS-140/01, cláusula primeira, § 2º, na redação do Convênio ICMS-46/03). (Redação dada ao parágrafo pelo Decreto 47.923 de 03-07-2003; DOE 04-07-2003; efeitos a partir de 13-06-2003, renumerando-se o § 2º)

§ 3º - Este benefício vigorará até 31 de dezembro de 2022. (Redação dada ao parágrafo pelo Decreto 65.254, de 15-10-2020, DOE16-10-2020; em vigor em 1º de janeiro de 2021)

§ 4º - A isenção prevista neste artigo: (Parágrafo acrescentado pelo Decreto 65.254, de 15-10-2020, DOE 16-10-2020; em vigor em 1º de janeiro de 2021)

1. aplica-se, apenas, nas operações destinadas a:

- a) hospitais públicos federais, estaduais ou municipais;
- b) santas casas;

2. poderá ser concedida, total ou parcialmente, a outras entidades beneficentes e assistenciais hospitalares, nos termos, condições e prazos estabelecidos em resolução conjunta das Secretarias da Fazenda e Planejamento, de Saúde e de Projetos, Orçamento e Gestão.”.

“Artigo 154 (TRATAMENTO DE CÂNCER) - Operações com medicamentos utilizados no tratamento de câncer, relacionados no Anexo Único do Convênio ICMS-162/94, de 7 de dezembro de 1994 (Convênio ICMS-162/94). (Artigo acrescentado pelo Decreto 57.998, de 24-04-2012; DOE 25-04-2012)

§ 1º - Não se exigirá o estorno do crédito do imposto relativo aos produtos beneficiados com a isenção prevista neste artigo.

§ 1º-A - 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 (Convênio ICMS-32/14). (Parágrafo acrescentado pelo Decreto 60.569, de 24-06-2014, DOE 25-06-2014; produzindo efeitos a partir de 01-06-2014)

§ 2º - Este benefício vigorará enquanto vigorar o Convênio ICMS-162/94, de 7 de dezembro de 1994.

§ 3º - A isenção prevista neste artigo: (Parágrafo acrescentado pelo Decreto 65.255, de 15-10-2020, DOE 16-10-2020; efeitos a partir de 15 de janeiro de 2021)

1. aplica-se, apenas, nas operações destinadas a:

- a) hospitais públicos federais, estaduais ou municipais;
- b) santas casas;

2. poderá ser concedida, total ou parcialmente, a outras entidades beneficentes e assistenciais hospitalares, nos termos, condições e prazos estabelecidos em resolução conjunta das Secretarias da Fazenda e Planejamento, de Saúde e de Projetos, Orçamento e Gestão.”

11. Observa-se que, a partir de 1º/01/2021, o item 1 do §4º do artigo 14 e o item 1 do §4º do artigo 92, ambos do Anexo I do RICMS/2000, e a partir de 15/01/2021, o item 2 do § 3º do artigo 2º e o item 1 do §3º do artigo 154, ambos, do Anexo I do RICMS/2000, dispõem que a isenção prevista no caput dos respectivos artigos é aplicável apenas nas operações com mercadorias destinadas aos hospitais públicos federais, estaduais ou municipais e santas casas.

12. Isso posto, deve ser lembrado que o artigo 111 do Código Tributário Nacional prevê a interpretação literal na outorga de isenção; assim, o benefício da isenção prevista no caput dos artigos 2º, 14, 92 e 154, todos do Anexo I do RICMS/2000, não é aplicável nas operações com mercadorias destinadas aos órgãos públicos federais, estaduais e municipais (questão do subitem 8.1).

13. Neste ponto, cumpre informar que nas operações e prestações de serviços internas, relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias, poderá ser aplicada a isenção prevista no artigo 55 do Anexo I do RICMS/2000, desde que cumpridos os requisitos ali previstos.

14. Em relação à questão do subitem 8.2, deve ser esclarecido que a consulta é um meio para esclarecer dúvida pontual e específica acerca da interpretação e consequente aplicação da legislação tributária estadual, assim, não se apresenta como o meio adequado para tratar o pedido de ampliação dos critérios de concessão do benefício da isenção, uma vez que, conforme exposto na legislação analisada, as entidades abrangidas, condições e prazos devem ser estabelecidos em resolução conjunta das Secretarias da Fazenda e Planejamento, de Saúde e de Projetos, Orçamento e Gestão.

15. Com esses esclarecimentos, julgamos respondidas as questões apresentadas.

(grifos nossos)

39. Percebe-se que, conforme os trechos destacados, a SEFAZ-SP entendeu que a isenção em questão não é aplicável às operações destinadas aos órgãos públicos federais.

40. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é a relação de igualdade estabelecida pelas partes no momento da celebração do ajuste. Enquanto uma se obriga a cumprir o objeto avençado, a outra tem o dever de assegurar a compensação financeira pelo cumprimento das obrigações.

41. A manutenção do equilíbrio da equação econômico-financeira durante toda a execução dos contratos administrativos tem fundamento constitucional, insculpida no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. (...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação.

42. A Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, ao regulamentar o dispositivo constitucional acima transcrito, tratou da matéria em seu art. 65, prevendo dois mecanismos de recomposição da equação econômico-financeira do contrato: a revisão e o reajuste. A revisão está disciplinada na alínea “d” do inciso II e o reajuste, a seu turno, subdivide-se em duas outras espécies: reajuste por meio de índice financeiro e repactuação em razão da variação de preços de mercado.

43. Em breves linhas, o reajuste em sentido estrito (por índices) e a repactuação referem-se à álea ordinária dos contratos administrativos e são modalidades adotadas para neutralizar os efeitos da inflação. Por outro lado, a revisão ou reequilíbrio são utilizados quando eventos excepcionais, de ordem extracontratual, provocam uma alteração em um ou em ambos os lados da equação econômico-financeira.

44. As alterações por eventos extracontratuais foram previstas no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

45. Em especial, o **aumento ou diminuição da carga tributária** sobre o bem ou serviço contratado tem previsão no § 5º, do mesmo art. 65 da Lei de Licitações, que estabelece:

Art. 65 (...)

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

46. A situação trazida aos autos se amolda ao que previsto no retro transcrito §5º, configurando fato do príncipe, que conforme definição de Celso Antônio Bandeira de Melo se trata de “*agravo econômico resultante de medida tomada sob titulação diversa da contratual, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na econômica contratual estabelecida na avença*”, autorizando a revisão dos preços contratados.

47. No caso em concreto, a área técnica, no documento “Nota Técnica 23 (0020120898)”, atesta:

DA ANÁLISE

Para justificar o pedido de reequilíbrio, a empresa usa como argumento a elevação dos encargos dos medicamentos DARUNAVIR (800mg, 600mg, 150mg e 75 mg) e do ETRAVIRINA (100mg E 200mg) em decorrência da incidência do ICMS no estado de São Paulo -SP, que passou a vigorar a partir de janeiro de 2021.

Informa que o preço atual do medicamento inviabiliza o cumprimento do contrato nos termos anteriores e que o valor cotado à época da licitação não supre mais os custos e insumos.

Neste prisma, fora constatado no cotejo dos autos que, tanto na Proposta da Empresa (0017682090) como na Nota Técnica - COLMER (0017682123) que a mesma usufruía da isenção do ICMS pelo Convênio 145/2013.

Assim, no intuito de comprovar o desequilíbrio econômico financeiro, a empresa anexa o Ofício SOLICITAÇÃO DE REEQUILIBRIO (0019933111) contendo **Planilha de custos do Item constante da proposta inicial em confronto com nova Planilha atualizada do item a ser reequilibrado e, a memória de cálculo e fato imprevisível - Oneração causada pelo ICMS/SP (Decreto nº 65.255/2020).**

Neste espectro, constata-se, portanto, a presença dos requisitos que corroboram com a solicitação do reequilíbrio pretendido e demonstram impacto efetivo nos custos da aquisição, conforme enunciado do Acórdão 12.460/2016-TCU-2ª Câmara (Relator: Ministro Vital do Rêgo).

Ademais, atrelado a isso, destaca-se o teor do Despacho COLMER (0020040520), no qual infere-se que os únicos registros de compra dos medicamentos, nos últimos doze meses, foram adquiridos pelo Ministério da Saúde (compra centralizada) e, em Anexo Pesquisa Internacional (0020040057), foi observado que apenas a África do Sul praticou preços inferiores ao proposto neste reequilíbrio econômico para os itens: Darunavir 75mg (R\$ 0,82), Darunavir 150mg (R\$ 1,64), Darunavir 600mg (R\$ 6,58) e Etravirina 100mg (R\$ 1,79). Por sua vez, para os itens Darunavir 800mg e Etravirina 200mg não foram localizados preços inferiores.

Dessa forma, depreende-se do Anexo Pesquisa DW-Comprasnet (0019986474) e do Anexo Pesquisa Internacional (0020040057) que o valor pretendido no pedido de reequilíbrio encontra-se de acordo com a realidade atual do mercado, em especial, ao internacional.

Mister, acrescentar que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, caso acatada, deve ser concedida da data da ocorrência do fato gerador, ou seja, 15 de janeiro de 2021, conforme preceitua Instrução Normativa 05 de 2017:

Art. 58. Os novos valores contratuais decorrentes das repactuações terão suas vigências iniciadas da seguinte forma:

I - a partir da ocorrência do fato gerador que deu causa à repactuação, como regra geral (grifo nosso);

II - em data futura, desde que acordada entre as partes, sem prejuízo da contagem de periodicidade e para concessão das próximas repactuações futuras; ou

III - em data anterior à ocorrência do fato gerador, exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão de obra em que o próprio fato gerador, na forma de Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho, contemplar data de vigência retroativa, podendo esta ser considerada para efeito de compensação do pagamento devido, assim como para a contagem da anualidade em repactuações futuras.

Parágrafo único. Os efeitos financeiros da repactuação deverão ocorrer exclusivamente para os itens que a motivaram e apenas em relação à diferença porventura existente.

Assim, com esboço no cronograma e quantitativo estabelecido no CT 329/2020 0017690877 e Termo Aditivo 0019687861, atrelado com os Nups instaurados, referente as entregas ora atestadas pelas CGLOD/DLOG e CGAHV/SVS , constata-se que o quantitativo abaixo, não deve ser considerado para fins de repactuação, visto que a Nota Fiscal foi emitida antes da vigência do fato gerador:

NUP ATESTE NOTA FISCAL	NOTA FISCAL	DATA EMISSÃO NOTA FISCAL	VALOR TO
25000.172547/2020-99	229801	07/12/2020	R\$ 30.540,00
	229802	07/12/2020	R\$ 2.137.800
	229803	07/12/2020	R\$ 21.024,00
25000.179726/2020-57	230571	15/12/2020	R\$ 4.776.456
	231214	07/01/2021	R\$ 122.640,0
	231226, 231227,		

25000.003239/2021-03	231228, 231229, 231231, 231232, 231233, 231256, 231224 e 231237	07/01/2021	R\$ 80.062.88
----------------------	---	------------	------------------

Neste condão, conforme elencado no Despacho 0019957194, proposto pela empresa, caso seja concedida o reequilíbrio econômico-financeiro pela autoridade competente, infere-se que os valores a serem considerados são:

ITEM	DESCRIÇÃO/ ESPECIFICAÇÃO	UNIDADE DE MEDIDA	QUANTIDADECON
1	Darunavir, 75 mg	Comprimido	72.000
2	Darunavir, 150 mg	Comprimido	324.000
3	Darunavir, 600 mg	Comprimido	24.000.000
4	Etravirina, 100 mg	Comprimido	15.720
5	Etravirina, 200 mg	Comprimido	1.687.200
6	Darunavir, 800 mg	Comprimido	30.685.500

Face ao documento acostado aos autos, entende-se, portanto, razoável a solicitação do reequilíbrio. Porém, é mister enfatizar que elaboração desta Nota Técnica não supre a necessidade de análise e posterior autorização da aquisição pela autoridade competente, em atendimento ao Decreto nº 10.1963 de 2019 e a Portaria de Governança 402, de 08 de março de 2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo essas considerações no âmbito desta Divisão de Contabilidade da Coordenação-Geral de Execução Orçamentária e Financeira, restituímos o feito à COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS para conhecimento e demais diligências que entenderem necessárias, sugerindo envio à D. Consultoria Jurídica deste Ministério da Saúde para análise quanto ao tema, a fim de dirimir eventuais dúvidas jurídicas quanto a razoabilidade da concessão do reequilíbrio econômico-financeiro, face a incidência do ICMS no Estado de São Paulo, haja vista que haverá impacto em outros contratos firmados com a Pasta, para fornecimento de medicamentos e insumos estratégicos para saúde.

48. Cuida-se, assim, de nítido evento extracontratual, consistente na alteração da alíquota de ICMS (que antes gozava de isenção), a reclamar, pois, o reequilíbrio da equação econômico-financeira do ajuste, com fulcro no art. 65, § 5º, da Lei n.º 8.666/1993, que consiste em uma especificação do que está genericamente previsto no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei n.º 8.666/1993. Isso porque as modificações na legislação tributária configuram-se claro fato do príncipe, a atingir tanto contratações públicas como privadas.

49. Nos casos de reequilíbrio econômico-financeiro, deve ser observado o disposto na Orientação Normativa AGU n.º 22, segundo a qual: “O reequilíbrio econômico-financeiro **pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra “d” do inc. II do art. 65, da Lei nº 8.666, de 1993”.**

50. Convém trazer à baila as importantes considerações sobre o assunto constantes do PARECER N.º 11/2014/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU, elaborado pela Câmara Permanente de Licitações e Contratos da PGF, as quais adoto integralmente como fundamentos da presente manifestação:

12. Sobre o instituto do equilíbrio econômico financeiro, preciso é o magistério de Hely Lopes Meirelles, no sentido de que “[o] equilíbrio econômico-financeiro é a relação que as partes estabelecem inicialmente no contrato administrativo, entre os encargos do particular e a retribuição devida pela entidade ou órgão contratante, para a justa remuneração do seu objeto”.

13. Cumpre destacar que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não beneficia somente o contratado. Não apenas a elevação, mas também a diminuição dos encargos, justifica o aumento ou a redução da retribuição paga pela Administração contratante. E mais importante ainda, é a consideração de que

[a] tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar precipuamente a própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando inoportunos, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem.

14. Ocorre o desequilíbrio quando há qualquer alteração que afete a equação econômico-financeira. Sob este prisma, o entendimento do que sejam encargos do contratado é amplo: abrange a prestação, o prazo e o local de sua execução, os tributos incidentes e qualquer outro elemento que tenha interferência direta.

(...)

18. Percebe-se que o que difere as modalidades de reajustamento do reequilíbrio é o fato desencadeador do desequilíbrio. O reajustamento em sentido estrito e a repactuação são modalidades adotadas para neutralizar os efeitos da inflação, dentro de um ambiente de normalidade econômica. Já o reequilíbrio se faz quando eventos excepcionais provocam uma alteração em um ou em ambos os lados da equação econômico-financeira.

(...)

20. A interpretação do mencionado dispositivo restou consagrada no âmbito do Tribunal de Contas da União que, em sede de consulta, fixou o seguinte entendimento a respeito do mencionado dispositivo, conforme consta do voto do eminente relator:

5. Assento esse meu entendimento no disposto na Lei 8.666/93. Naquele normativo, a questão do reequilíbrio econômico-financeiro é disciplinada no art. 65, inciso II, alínea d, que estabelece como condição para aplicação desse mecanismo a ocorrência de alguma das seguintes hipóteses:

- fatos imprevisíveis;
- fatos previsíveis, porém de consequências incalculáveis;
- fatos retardadores ou impeditivos da execução do ajustado;
- caso de força maior;
- caso fortuito;
- fato do príncipe; e
- álea econômica extraordinária.

21. No que interessa à presente manifestação, cumpre assentar a figura do fato do príncipe constante do § 5º do artigo 65 da Lei 8.666/93, que trata de alteração de carga tributária ou de demais encargos legais:

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

22. Conforme explica Marçal Justen Filho, a teoria do fato do príncipe consagra o direito de indenização a um particular em vista da prática de ato lícito e regular imputável ao Estado.

Essa solução decorre de uma valorização produzida pela ordem jurídica, no sentido de que seria injusto e desaconselhável impor ao particular que contrata com o Estado arcar com os efeitos onerosos de uma alteração superveniente da disciplina estatal sobre o exercício da atividade necessária à execução da prestação.

23. O fato do príncipe pode se exteriorizar em lei, regulamento ou qualquer outro ato geral do Poder Público que atinja a execução do contrato, como pode provir da própria Administração contratante ou de outra esfera administrativa competente para a adoção da medida governamental.

24. Cabe frisar que o § 5º do art. 65 da Lei 8666/93 possui regime jurídico próprio em relação à alínea **d** do inc. II do mesmo art. 65, na medida em que não consta qualquer necessidade de que o tributo ou encargo legal sejam imprevistos, imprevisíveis, de consequências incalculáveis, decorrentes de álea extraordinária e extracontratual.

25. Pelo contrário, no § 5º do art. 65 da Lei 8666/93 consta apenas que qualquer alteração na carga tributária, ou nos encargos legais, que repercutam nos preços contratados, gerará a revisão (**rectius**: reequilíbrio) da equação econômico-financeira, sendo, no nosso sentir, descabido incluir elementos estranhos ao dispositivo para lhe restringir o alcance.

26. É princípio basilar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual a lei não contém palavras inúteis: *verba cum effectū sunt accipiendā*. Ou seja, as palavras devem ser compreendidas como tendo alguma eficácia. Não se presumem, na lei, palavras inúteis.

27. Conforme bem definiu Alberto Marques dos Santos, o texto legal é organizado em partículas principais, os artigos, que podem ser subdivididos em subpartes, fragmentos subordinados, que são os parágrafos, os incisos, as alíneas. É intuitiva a noção de que as disposições de um inciso têm abrangência limitada às hipóteses ou à situação contemplada no artigo a que o inciso está subordinado. Um artigo e seu parágrafo subordinado guardam, geralmente: a) uma relação de regra geral/exceção, onde o parágrafo institui regras que contrariam a norma geral do seu *caput*, excepcionando-a; ou b) uma relação de genérico/específico, onde o *caput* estabelece os contornos gerais de um mandamento, e os parágrafos explicitam aspectos ou desdobramentos da hipótese.

28. Esta relação de especialidade ou de excepcionalidade entre o parágrafo e o *caput* do artigo está bem delineada no Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, que trata das diretrizes de elaboração de atos normativos no âmbito da Presidência da República, conforme consta da alínea **c**, do inc. III, do art. 23, nos seguintes termos:

Art. 23. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observado o seguinte:

(...)

III - para a obtenção da ordem lógica:

(...)

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; e

29. A referida regra foi incorporada ao manual de redação da Presidência da República, que possui a seguinte orientação:

10.2.2.2. parágrafos (§§)

Os parágrafos constituem, na técnica legislativa, a imediata divisão de um artigo, ou, como anotado por Arthur Marinho, "(...) *parágrafo* sempre foi, numa lei, disposição secundária de um artigo em que se explica ou modifica a disposição principal".

30. Não extrair do § 5º do art. 65 toda sua eficácia, importa em ir contra o velho brocardo hermenêutico *commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat* ("Prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade").

31. O art. 65, II, *d*, da Lei de Licitações, com efeito, limita a aplicação do reequilíbrio a fatores externos ao contrato, imprevisíveis, ou de efeitos incalculáveis, adotando em seu bojo diversas figuras da teoria da imprevisão. **O § 5º do mesmo art. 65, contudo, está no texto para cumprir a sua função de norma subordinada, que é a de esclarecer, minuciar ou excepcionar e norma do caput.**

32. No caso em exame, a função do parágrafo, segundo se extrai do seu texto, é a de criar exceção à regra geral do *caput*. Assim é que, em geral (nos casos não excepcionados), o reequilíbrio será feito por fatores imprevisíveis ou suas variações, ao passo que **no caso de alteração de carga tributária ou demais encargos legais que influenciem no valor contratado, bastará que haja a comprovação dos efeitos no contrato, dispensada qualquer análise à luz da teoria da imprevisão.**

51. A CONCLUSÃO DEPCONSU n.º 82/2014, decorrente do citado Parecer, estabelece em seu inciso I que **"o § 5º do art. 65 da Lei 8666/93 possui regime jurídico próprio em relação à alínea d do inc. II do mesmo art. 65"**.

52. Haja vista o encerramento do benefício fiscal concedido a contratada e da consequente incidência da alíquota do ICMS, é de concluir, com esteio no art. 65, § 5º, da Lei n.º 8.666/1993, que, para a concessão da revisão contratual, basta que seja **comprovada a efetiva repercussão nos preços ajustados da revogação da isenção de ICMS (decorrente do DECRETO Nº 65.255, DE 15 DE OUTUBRO DE 2020).**

53. Para tanto, se faz necessária a análise técnica e administrativa, **a aferição contábil dos valores envolvidos, da justificativa, dos documentos e eventuais alegações apresentadas pela empresa**, além de decisão motivada acerca do assunto.

54. A Administração trouxe a manifestação constante no documento Nota Técnica 23 (0020120898), apesar disto, não foi elaborada tabela pela Administração que demonstra a incidência das novas alíquotas e a repercussão nos preços contratados, **o que deverá ser providenciado.**

55. Além disto, não vislumbramos nos autos manifestação **específica** do setor competente explanando e certificando tecnicamente se ocorreu ou não a efetiva repercussão da alteração da alíquota tributária nos custos do contrato e o seu respectivo *quantum*, **recomenda-se** que a Administração se pronuncie sobre esses aspectos, explicitando-se inclusive os mecanismos e operações a partir das quais foram obtidos os novos valores do contrato discriminados no termo aditivo.

56. Por oportuno, deixamos consignado que **os índices, a apresentação e apuração dos valores propriamente ditos e a metodologia de cálculo utilizada ficam sob a responsabilidade da Administração**, por se revestir de matéria de caráter eminentemente técnico, estranha, pois, às competências desta setorial jurídica.

57. **Em casos como o dos autos é necessário que se demonstre o nexo direto de causalidade entre o encargo criado e os bens vendidos ou serviços prestados. Assim, o consulente deve comprovar nos autos que a majoração da alíquota do ICMS afeta o contrato de disponibilização de acesso à internet. Assim, o consulente deverá justificar e comprovar esse requisito.**

5.1 MANUTENÇÃO DA NATUREZA DO OBJETO CONTRATADO

58. Em nenhuma hipótese, a alteração contratual poderá ensejar modificação na natureza do objeto lícitado. Um dos limites para as alterações contratuais é a própria essência do objeto.

59. Esse óbice se justifica em razão da obrigatoriedade da licitação para contratação de bens, obras ou serviços, uma vez que a possibilidade de alteração do objeto constituiria em burla ao dever de licitar.

60. Jorge Ulisses Jacoby colaciona decisões do TCU no mesmo sentido:

Contrato - alteração - do objeto - ilegalidade

Nota: o TCU considerou irregular a assinatura de Termo Aditivo cujo objeto, pelas suas características **não guarda semelhança com o do contrato original, reclamando, na realidade nova licitação.**

Fonte: TCU. Processo n. 014.681/95-1. Decisão n. 063/1997 - Plenário.

Contrato - projeto executivo - alteração - do objeto - nova licitação

TCU orientou: "... Atentar para que toda alteração de projeto executivo de obra seja devidamente justificada, com todos os elementos técnicos necessários, detalhados

suficientemente para avaliação e aprovação pela autoridade competente, da mesma forma em que são analisados os elementos do projeto básico, previstos no art. 6º, inc. IX da Lei 8.666/93;

Atentar para que eventuais alterações de projeto executivo de obra observem as condições especiais previstas no art. 65, da Lei 8.666/93, e para que, **havendo alterações de projeto que impliquem em modificação na natureza ou dimensão do objeto contratado, elas devem ensejar a realização de novo procedimento licitatório.** -Fonte: TCU. Processo nº TC-015.875./2003-6. Acórdão 219/2004 - Plenário. (grifos nossos)

61. Salvo melhor juízo, como no caso concreto busca-se, apenas, a alteração de valores (com fundamento no reequilíbrio contratual), não há que se falar em alteração da natureza do objeto contratado.

5.2 MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO E DA VANTAJOSIDADE DA CONTRATAÇÃO

62. Quanto a este tópico, recomenda-se verificar se a alteração pretendida não representa prejuízo à Administração Pública, ou seja, que a contratação em questão não passou a ser desvantajosa.

63. Observa-se que no Despacho COLMER 0020040520, é dito o seguinte:

Destaca-se que, conforme o documento 0019986474, os únicos registros de compra dos medicamentos nos últimos doze meses se referem as compras desta pasta, o que indica serem medicamentos adquiridos de forma centralizada por este Ministério da Saúde.

Assim, o comportamento do preço dos produtos no exterior, promoveu-se pesquisa internacional (0020040057), onde se observou que apenas a África do Sul praticou preços inferiores, ao ora proposto neste reequilíbrio econômico, para os itens: Darunavir 75mg (R\$ 0,82), Darunavir 150mg (R\$ 1,64), Darunavir 600mg (R\$ 6,58) e Etravirina 100mg (R\$ 1,79). Para os itens Darunavir 800mg e Etravirina 200mg não se localizou preços inferiores. Ressalta-se, porém, que a África do Sul recebe subsídios governamentais, em razão de pertencer a uma área endêmica para a AIDS. Assim, se justifica a prática de preços inferiores aos demais países.

Em referência aos preços regulados pela CMED/ANVISA, transcritos no quadro abaixo, pode-se observar que os preços sugeridos para o pretensão reequilíbrio econômico se encontram abaixo daqueles, ou seja, atendem a regulamentação de preços aprovada pela ANVISA. [...]

Posto isto, verifica-se que os preços pleiteados se encontra de acordo com a realidade atual do mercado, em especial, ao internacional. Entretanto, o referido pleito versa sobre questões tributárias, isto é, sobre o fim da desoneração do ICMS sobre a compra dos medicamentos em epígrafe, realizada pelo Governo do Estado de São Paulo, após a assinatura do contrato nº 329/2020, que fogem da alçada desta COLMER.

Assim, encaminha-se o processo a essa área técnica com vista a possíveis deliberações sobre a pertinência do pleito e, em caso assertivo, promova a atualização dos preços previsto no contrato com a oneração do ICMS, com a urgência que o caso requer.

64. Apesar disso, por zelo e nos termos da BPC nº7, entendo que recomendável uma complementação, de modo que reste claro que há manutenção da vantajosidade dos preços.

65. Deveras, é imprescindível que a alteração não cause prejuízos à administração, devendo haver, de fato, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e da vantajosidade da contratação.

66. Não há chancela ao prosseguimento do feito, caso a alteração represente prejuízo ao erário, em desconformidade com as normas do ordenamento jurídico.

5.3 MANUTENÇÃO DAS MESMAS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO E QUALIFICAÇÕES EXIGIDAS NA CONTRATAÇÃO

67. Nos termos do artigo 55, XIII da Lei nº 8.666, de 1993, a Contratada deverá manter, durante a execução do objeto do contrato, em compatibilidade com obrigações assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

68. Assim, cabe à autoridade verificar, previamente à eventual celebração de Termo Aditivo, se a Contratada ainda atende às condições que foram exigidas quando da realização da licitação, comprovando tal situação nos autos.

69. Nesse sentido o Acórdão nº 591/2006 – Segunda Câmara do TCU:

Anexe aos processos administrativos a impressão das consultas realizadas no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf), para fins de comprovação da manutenção das condições de habilitação da contratada, conforme o disposto nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/1993 e orientação da IN/MARE nº 5/ 1995.

Acórdão 591/2006 Segunda Câmara (Relação)

70. Devem ser verificadas, também, as condições de habilitação do contratado, principalmente quanto aos encargos sociais relativos à CND e ao FGTS e à regularidade exigida para com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal.

71. Ainda, no que tange às condições de habilitação, em face do advento da Lei nº 12.440, de 2011, necessário se faz a comprovação de regularidade trabalhista, mediante a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT. Cabe ao Administrador, pois, zelar pela efetiva validade dessas certidões na ocasião da celebração do aditamento que objetive o acréscimo ou supressão contratual.

72. Ao mais, é obrigação do Administrador, a verificação mensal das condições de habilitação e qualificação exigidas quando da contratação, consoante se verifica no Acórdão nº 2613/2008 – Segunda Câmara do TCU.

73. No caso dos autos, não se identificou análise quanto às condições de habilitação, qualificação e as regularidade das certidões necessárias para a manutenção contratual.

74. Recomenda-se, então, que o setor competente verifique, antes de eventual celebração de termo aditivo, se a Contratada atende às condições de habilitação e qualificações que foram exigidas quando da realização da contratação, comprovando tal situação nos autos.

5.4 DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

75. A declaração de existência de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal.

76. A Lei n. 8.666, de 1993 prevê, de modo reiterado, a necessidade de previsão orçamentária para a contratação, e, por conseguinte, para os respectivos aditamentos, como se aduz a seguir:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma.

Art. 14 Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e

indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa".

Art. 38 O procedimento da licitação será iniciado como a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente

77. Considerando o Sistema de Registro de Preços, é pertinente mencionar que Ronny Charles ensina que *"Na licitação para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária apenas será necessária para a formalização do contrato ou instrumento equivalente"*. (Leis de licitações públicas comentadas / Ronny Charles Lopes de Torres. - revista, amp. e atualiz. 10. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. Pág. 186).

78. Ao mais, vale apontar que o pagamento de despesas mediante a utilização de recursos de programas de trabalho não compatíveis com sua finalidade própria, mesmo em caso de insuficiência de crédito no programa específico, caracteriza remanejamento ilícito de despesas, em desacordo com o disposto no art. 167, inciso VI, da Constituição Federal e o art. 17 do Decreto nº 93.872, de 23/12/1986, que vedam a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos, de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.

79. Ainda, cumpre recomendar a observância dos artigos 16 e 17 da Lei Complementar nº 101/2000:

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o [§ 3º do art. 182 da Constituição](#).

Subseção I

Da Despesa Obrigatória de Caráter Continuado

Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

§ 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o *caput* deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.

§ 2º Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

§ 3º Para efeito do § 2º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 4º A comprovação referida no § 2º, apresentada pelo proponente, conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 5º A despesa de que trata este artigo não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar.

§ 6º O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição.

§ 7º Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado.

80. Na hipótese de o aditamento não implicar criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental ou não acarretar aumento de despesa, deverá a Administração deixar claro tais circunstâncias nos autos. Caso, porém, configure-se que a contratação será instrumento para a criação, expansão ou o aperfeiçoamento de ação governamental, com aumento de despesa, deverá a Administração lançar, nos autos do procedimento, os dois documentos relacionados no art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000 e atentar, ainda, ao exposto no art. 17 da mesma lei.

81. **Assim, registre-se que é condição para eventual prosseguimento do processo que sejam incluídas nos autos, previamente à eventual celebração de termo aditivo, a declaração de disponibilidade orçamentária e as declarações eventualmente cabíveis constantes da Lei de Responsabilidade Fiscal.**

82. Ressalte-se, quanto ao tema, o teor da Orientação Normativa n. 52. do Advogado-Geral da União, a fim de dispensar a necessidade da declaração acerca dos arts. 16 e 17 da LC 101, de 2000:

"As despesas ordinárias e rotineiras da administração, já previstas no orçamento e destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, dispensam as exigências previstas nos incisos I e II do art. 16 da lei complementar nº 101, de 2000".

5.5 AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DA AUTORIDADE COMPETENTE

83. **Registro que é condição para eventual celebração de termo aditivo, que conste nos autos a prévia autorização da autoridade competente, devendo o administrador observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.**

84. **No caso dos autos, não foi encontrada a autorização para celebração do aditivo em questão, o que deverá ser sanado, em observância ao DECRETO Nº 10.193, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2019.**

85. **Ressalto que tal Decreto foi recentemente regulamentado no âmbito do Ministério da Saúde com a PORTARIA GM/MS Nº 402, DE 8 DE MARÇO DE 2021, desta forma, cabe, também, a integral observância de tal portaria.**

5.6 ANUÊNCIA DA CONTRATADA

86. De acordo com a Lei nº 8.666/93, a alteração fundamentada no art. 65, II, "d" da Lei nº 8.666/93, trata-se de alteração *"por acordo das partes"*.

87. Assim, é pertinente que, pretendendo-se a celebração do ajuste, que seja demonstrado que houve acordo entre as partes. **De qualquer modo, se a contratada assinar o termo aditivo, sua**

concordância estará subentendida.

88. **Além disto, caso concreto, a presente alteração foi decorrente de solicitação da parte autora, o que caracteriza a sua anuência.**

5.7 COMPLEMENTAÇÃO DA GARANTIA

89. A garantia deverá estar atualizada de acordo com o valor da contratação, em conformidade com o disposto no § 2º do art. 56. Portanto, deve haver a renovação da garantia na hipótese de ter sido exigida quando da celebração do ajuste, bem como deve ser complementada nos casos de alteração do valor do contrato.

90. A previsão quanto a garantia foi feita na cláusula quarta da Minuta - Minuta de Termo Aditivo - 2º TA (0020226319).

6. CONSIDERAÇÕES ESPECÍFICAS SOBRE A INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA NA PRESENTE CONTRATAÇÃO - NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS

91. O presente pedido de reequilíbrio decorre da revogação/alteração dos critérios para gozo da isenção prevista no CONVÊNIO ICMS 10/02, que assim dispõe:

CONVÊNIO ICMS 10/02

Publicado no DOU de 21.03.02.

Ratificação Nacional DOU de 08.04.02, pelo Ato Declaratório [04/02](#).

Alterado

pelos

Convs.

ICMS [32/04](#), [64/05](#), [121/06](#), [80/08](#), [137/08](#), [75/10](#), [84/10](#), [150/10](#), [130/11](#), [1/19](#), [60/19](#), [157/19](#), [210/19](#), [13/20](#).
Concede isenção do ICMS a operações com medicamento destinado ao tratamento dos portadores do vírus da AIDS.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 105ª reunião ordinária, realizada em São Paulo, SP, no dia 15 de março de 2002, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolve celebrar o seguinte CONVÊNIO

Cláusula primeira Ficam isentas do ICMS as operações a seguir indicadas realizadas com produtos, classificados nos seguintes códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH:

[...]

§ 1º A isenção prevista nesta cláusula somente será aplicada se o produto estiver beneficiado com isenção ou alíquota zero dos Impostos de Importação ou do Imposto sobre Produtos Industrializados.

§ 2º Fica dispensado o estorno do crédito fiscal a que se refere o artigo 21 da Lei Complementar 87/96, de 13 setembro de 1996.

Nova redação dada ao § 3º da cláusula primeira pelo Conv. ICMS 60/19, efeitos a partir de 25.07.19.

§ 3º Ficam os Estados do Rio Grande do Sul e de Roraima autorizados a não aplicar as disposições deste convênio aos itens 8 a 12 da alínea "c" do inciso I, e aos itens 10 a 14 da alínea "b" do inciso II desta cláusula.

Cláusula segunda Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, ficando revogado o [Convênio ICMS 51/94](#), de 30 de junho de 1994.

92. Tal Convênio não foi alterado/revogado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, mas sofreu alterações no seu âmbito de aplicação no Estado de São Paulo em razão do já citado DECRETO Nº 65.255, DE 15 DE OUTUBRO DE 2020.

93. Tal alteração procedida pelo Estado de São Paulo, em um primeiro momento, parece não ter sido feita em observância às ditames constitucionais e legais que regulam tal assunto. Neste sentido, a ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE HOSPITAIS PRIVADOS - ANAHP propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (perante o Supremo Tribunal Federal) nº 6656.

94. A Advocacia-Geral da União apresentou manifestação (que segue em anexo), a qual concluiu da seguinte forma:

Por todo o exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se pela procedência da ação, com a consequente declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso I, alíneas 'a', 'd' e 'g', do Decreto nº 65.254/2020, e dos artigos 1º, inciso I, alínea 'a', e 2º, inciso I, alínea 't', do Decreto nº 65.255/2020, ambos editados pelo Governador do Estado de São Paulo

95. Desta forma, pendem dúvidas acerca da legitimidade de tal regramento instituído pelo Estado de São Paulo.

96. Apesar disto, até o presente momento, não houve qualquer medida que suste os efeitos de tal Decreto, desta forma o mesmo continua válido e produzindo os seus efeitos regulares (diante das características dos Atos Administrativos).

97. Por outro lado, é imperioso destacar que há risco de que tal regramento seja declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o que (como regra) resultaria na repristinação das normas anteriores e, portanto, na isenção do ICMS sobre a operação objeto da presente contratação.

98. **Sendo assim, entendo prudente que seja incluída cláusula que reconheça o direito da União de reaver os valores pagos em razão da suposta incidência de ICMS sobre a operação em questão no caso de tal incidência ser considerada ilegítima (inconstitucional/ilegal).**

99. **Desta forma, aproveito o momento para tecer considerações em relação ao questionamento formulado na Nota Técnica 23 (0020120898), que segue:**

Sendo essas considerações no âmbito desta Divisão de Contabilidade da Coordenação-Geral de Execução Orçamentária e Financeira, restituímos o feito à COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS para conhecimento e demais diligências que entenderem necessárias, sugerindo envio à D. Consultoria Jurídica deste Ministério da Saúde para análise quanto ao tema, **a fim de dirimir eventuais dúvidas jurídicas quanto a razoabilidade da concessão do reequilíbrio econômico-financeiro, face a incidência do ICMS no Estado de São Paulo, haja vista que haverá impacto em outros contratos firmados com a Pasta, para fornecimento de medicamentos e insumos estratégicos para saúde.**

100. Neste ponto, cabe alertar que a norma prevista no artigo 65, §5º, não deixa espaço para questionar a razoabilidade da exação, sendo que sendo majorado/instituído quaisquer encargos tributários, é devido o reequilíbrio à parte contratada.

101. Apesar disto, diante da relevância da questão, sugere-se ao DLOG a instrução de autos próprios no qual seja estimado o custo de tal incidência de ICMS para o Ministério da Saúde, para fins de encaminhamento à Advocacia-Geral da União para instrução da ADI nº 6656.

7. MINUTA DO 2º TERMO ADITIVO

102. A minuta consta do documento "Minuta de Termo Aditivo - 2º TA (0020226319)". Passo a tecer comentários sobre tal minuta.

103. No preâmbulo recomenda-se fazer menção ao disposto no artigo 65, §5º, da Lei 8.666/93 como um dos fundamentos para a alteração em questão.

104. Entendo necessária a inclusão de subcláusula à cláusula primeira que indique, especificamente, o valor a ser acrescido em razão do reequilíbrio processado.

105. Deve-se alterar a cláusula segunda para deixar claro que o valor ali previsto, salvo melhor juízo, é o valor remanescente do contrato reequilibrado. Para aclarar tal situação, sugere-se, também, a inclusão de subcláusula indicando qual o valor já executado do contrato em questão.

106. **Entendo seja pertinente que a área técnica faça conferência dos valores insertos na Cláusula Primeira e Segunda, para certificar-se de sua correção, visto que é matéria de caráter técnico, extrapolando a competência deste Órgão Jurídico.**

107. Recomenda-se, em observância ao item 4 do presente parecer a inclusão da seguinte cláusula:

Cláusula XXXX - Do reconhecimento do direito da contratante ao ressarcimento dos valores pagos à título de ICMS caso tal cobrança seja declarada ilegítima

x.1. A contratada reconhece que a incidência de Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação na operação objeto do contrato em questão é tema controvertido.

x.2. A contratada reconhece que caso a incidência tributária mencionada na subcláusula anterior seja objeto de revogação/anulação (ou qualquer outra forma de declaração que implique no reconhecimento da isenção tributária da operação em questão), será devida a pronta e integral restituição dos valores pagos pela contratante a título de ICMS.

108. Recomenda-se, também, diante da boa técnica, a supressão da cláusula terceira, que trata da vigência do termo aditivo, tendo em vista que a mesma é desnecessária, isso porque a vigência do aditivo em questão é desde a sua celebração e está atrelada à vigência do contrato originário. Desta forma, é desnecessário prever a sua vigência quando limita-se a indicar que iniciará com a sua assinatura.

109. Dito isso, não vislumbro, sob o aspecto estritamente jurídico, óbice à alteração pretendida, desde que atendidas as recomendações contidas no presente parecer, uma vez que não é atribuição desta área jurídica análise da conveniência e oportunidade do ato.

8. CONCLUSÃO

110. Cumpre-nos destacar que todas as observações expostas têm como premissa a veracidade e a exatidão dos dados, informações, cálculos e valores constantes do processo, que são de responsabilidade exclusiva da Administração.

111. Ante o exposto, uma vez atendidas as recomendações apontadas neste Parecer Referencial, e resguardados o juízo de conveniência e oportunidade do Administrador, nos limites da Lei, e as valorações de cunho econômico-financeiro, ressalvadas, ainda, as questões de ordem fática e técnica, insitas à esfera administrativa, essenciais até mesmo para a devida atuação dos órgãos de controle, o procedimento estará apto para a produção de seus regulares efeitos.

112. Sendo referencial o presente parecer, os processos administrativos que guardarem relação inequívoca e direta com a abordagem aqui realizada poderão, doravante, dispensar análise individualizada, desde que o setor competente ateste, de forma expressa, que a situação concreta se amolda aos termos desta manifestação.

113. Além da necessidade da área técnica atestar, de forma expressa, que cada caso concreto se amolda aos termos do presente parecer referencial, deve também extrair cópias da presente manifestação e acostá-la a cada um dos autos em que se pretender a aprovação do certame licitatório, para fins de controle.

114. Não sendo o caso, a persistência de dúvida de cunho jurídico deverá resultar na remessa do processo administrativo a esta CGLIC/CONJUR/MS para exame individualizado, mediante formulação dos questionamentos jurídicos específicos.

115. Diante do teor do Memorando Circular nº 048/2017-CGU/AGU, recomenda-se o encaminhamento da presente manifestação jurídica referencial para ciência da Consultoria Geral da União, solicitando a abertura de tarefa ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas (DEINF/CGU/AGU), para ciência.

Brasília, 30 de abril de 2021.

RAFAEL CARRAZZONI MANSUR
Advogado da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000048792202086 e da chave de acesso e6a9a528

Documento assinado eletronicamente por RAFAEL CARRAZZONI MANSUR, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 625176972 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAFAEL CARRAZZONI MANSUR. Data e Hora: 30-04-2021 14:20. Número de Série: 69078594150646269433788375683. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6656

Requerente: Associação Nacional de Hospitais Privados – ANAHP

Requeridos: Governador e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo

Relator: Ministro NUNES MARQUES

Tributário. Dispositivos dos Decretos nº 65.254/2020 e 65.255/2020, do Governador de São Paulo, que modificaram o regime de isenções de ICMS sobre operações com medicamentos, insumos e equipamentos de saúde, restringindo-as às operações destinadas a hospitais públicos, santas casas e outras entidades beneficentes e assistenciais hospitalares. Alegada afronta aos artigos 150, II e § 6º; 152; 155, § 2º, XII, 'g', da Lei Maior. Por força na norma inscrita no artigo 155, § 2º, XII, "g", da Constituição, o Estado-membro não está autorizado a revogar ou a modificar unilateralmente os benefícios tributários autorizados em convênio celebrado no âmbito do Confaz, sob pena de ofensa ao pacto federativo, aos postulados da segurança jurídica e da proteção à confiança, bem como dos princípios administrativos da moralidade e da impessoalidade. Os decretos atacados não passam pelo crivo da proporcionalidade, dado que o aumento da carga tributária estadual sobre esses produtos afeta diretamente, em plena pandemia, os serviços de saúde em todo o país, dado que o Estado de São Paulo concentra parcela significativa da produção, importação e distribuição de medicamentos, insumos e equipamentos de saúde. Manifestação pela procedência do pedido.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no artigo 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.

I – DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Nacional de Hospitais Privados – ANAHP, tendo por objeto o artigo 2º, inciso I, alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘g’, do Decreto Estadual nº 65.254, de 15 de outubro de 2020, e os artigos 1º, inciso I, alínea ‘a’, e 2º, inciso I, alínea ‘t’, do Decreto Estadual nº 65.255, de 15 de outubro de 2020, que alteraram os artigos 2º, 14, 92, 150 e 154, do Anexo I, do Decreto Estadual nº 45.490, de 30 de novembro de 2000, que aprova o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e Comunicação – RICMS – do Estado de São Paulo. Eis, em destaque, o teor dos dispositivos questionados:

Decreto nº 65.254, de 2020

Artigo 2º - Ficam acrescentados, com a redação que se segue, os dispositivos adiante indicados ao Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS, aprovado pelo Decreto 45.490, de 30 de novembro de 2000:

I - do Anexo I:

a) o § 4º ao artigo 14:

“§ 4º - A isenção prevista neste artigo:

1. aplica-se, apenas, nas operações destinadas a:

- a) hospitais públicos federais, estaduais ou municipais;**
- b) santas casas;**

2. poderá ser concedida, total ou parcialmente, a outras entidades beneficentes e assistenciais hospitalares, nos termos, condições e prazos estabelecidos em resolução conjunta das Secretarias da Fazenda e Planejamento, de Saúde e de Projetos, Orçamento e Gestão.”;

(...)

d) o § 4º ao artigo 92:

“§ 4º - A isenção prevista neste artigo:

1. aplica-se, apenas, nas operações destinadas a:

- a) hospitais públicos federais, estaduais ou municipais;**
- b) santas casas;**

2. poderá ser concedida, total ou parcialmente, a outras entidades beneficentes e assistenciais hospitalares, nos termos, condições e prazos estabelecidos em resolução conjunta das Secretarias da Fazenda e Planejamento, de Saúde e de Projetos, Orçamento e Gestão.”;

(...)

g) o § 4º ao artigo 150: “§ 4º - A isenção prevista neste artigo: 1. aplica-se, apenas, nas operações destinadas a: a) hospitais públicos federais, estaduais ou municipais; b) santas casas; 2. poderá ser concedida, total ou parcialmente, a outras entidades beneficentes e assistenciais hospitalares, nos termos, condições e prazos estabelecidos em resolução conjunta das Secretarias da Fazenda e Planejamento, de Saúde e de Projetos, Orçamento e Gestão.”;

Decreto nº 65.255, de 2020

Artigo 1º - Passam a vigorar, com a redação que se segue, os dispositivos adiante indicados do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS, aprovado pelo Decreto 45.490, de 30 de novembro de 2000:

I - do Anexo I:

a) o § 3º do artigo 2º:

“§ 3º - A isenção prevista neste artigo:

1. fica condicionada à concessão de isenção ou alíquota zero do Imposto de Importação ou do Imposto sobre Produtos Industrializados;

2. aplica-se, apenas, nas operações destinadas a:

a) hospitais públicos federais, estaduais ou municipais;

b) santas casas;

3. poderá ser concedida, total ou parcialmente, a outras entidades beneficentes e assistenciais hospitalares, nos termos, condições e prazos estabelecidos em resolução conjunta das Secretarias da Fazenda e Planejamento, de Saúde e de Projetos, Orçamento e Gestão.”; (NR)

Artigo 2º - Ficam acrescentados, com a redação que se segue, os dispositivos adiante indicados ao Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS, aprovado pelo Decreto 45.490, de 30 de novembro de 2000:

I - do Anexo I:

(...)

t) o § 3º ao artigo 154:

“§ 3º - A isenção prevista neste artigo:

1. aplica-se, apenas, nas operações destinadas a:

a) hospitais públicos federais, estaduais ou municipais;

b) santas casas;

2. poderá ser concedida, total ou parcialmente, a outras entidades beneficentes e assistenciais hospitalares, nos termos, condições e prazos estabelecidos em resolução conjunta das Secretarias da Fazenda e Planejamento, de Saúde e de Projetos, Orçamento e Gestão.”;

As normas questionadas modificaram o regime de isenções de ICMS sobre operações com (i) medicamentos relacionados na cláusula primeira do Convênio ICMS nº 140/2011, (ii) medicamentos utilizados no tratamento de gripe A (H1N1); (iii) medicamentos utilizados no tratamento de câncer e da AIDS e (iv) equipamentos e insumos utilizados em cirurgias. Com a edição dos Decretos nº 65.254/2020 e 65.255/2020, essas isenções de ICMS passaram a aplicar-se apenas às operações destinadas a entidades caracterizadas como hospitais públicos, santas casas e entidades beneficentes e assistenciais hospitalares¹.

Na petição inicial, a requerente sustenta que esses comandos violariam o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Carta Maior², uma vez que as mencionadas isenções, muito embora constassem de convênios celebrados no âmbito do Confaz e ratificados pelo Estado de São Paulo³, foram revogadas de forma unilateral, mediante decreto, em relação a operações destinadas a hospitais privados.

Argumenta que a modificação do âmbito de abrangência da isenção tributária, relativamente aos sujeitos beneficiados, estaria sujeita à reserva de lei, nos termos do artigo 150, § 6º, da Constituição Federal⁴, e acrescenta que os atos

¹ No caso das entidades beneficentes e assistenciais hospitalares, “*nos termos, condições e prazos estabelecidos em resolução conjunta das Secretarias da Fazenda e Planejamento, de Saúde e de Projetos, Orçamento e Gestão*”.

² “Artigo 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

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;

(...)

§ 2.º 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**.” (Grifou-se)

³ Convênios ICMS nº 01/1999, 140/2001, 73/2010, 10/2002 e 162/1994.

⁴ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 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, § 2.º, XII, g”.

questionados não se enquadrariam na autorização legal inscrita no artigo 22, inciso II, da Lei Estadual nº 17.293, de 15 de outubro de 2020⁵.

Registra, outrossim, que o critério de diferenciação adotado para a isenção do ICMS – com base no destino do bem: hospitais privados ou públicos, santas casas, entidades beneficentes ou assistenciais hospitalares – traduziria tratamento desigual injustificável entre instituições de saúde, em suposta afronta ao disposto nos artigos 150, inciso II, e 152 da Constituição Federal⁶.

Em conclusão, assevera que *“a crise econômica e sanitária decorrente da pandemia de coronavírus trouxe imensuráveis prejuízos ao setor de saúde, o qual já lida com os impactos negativos, notadamente o aumento desproporcional de preços de equipamentos e insumos”* (fl. 25 da petição inicial).

Com esteio em tais argumentos, a autora postula a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos do artigo 2º, inciso I, alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘g’, do Decreto Estadual nº 65.254/2020, e dos artigos 1º, inciso I, alínea ‘a’; e 2º, inciso I, alínea ‘t’, do Decreto Estadual nº 65.255/2020. No mérito, postula a procedência do pedido para que seja declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos questionados.

⁵ “Artigo 22 - Fica o Poder Executivo autorizado a:

(...)

II - reduzir os benefícios fiscais e financeiros-fiscais relacionados ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, na forma do Convênio nº 42, de 3 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, e alterações posteriores”.

⁶ “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”.

“Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”.

Em virtude do recesso judiciário, o processo foi inicialmente distribuído ao Presidente dessa Corte, Ministro LUIZ FUX, que entendeu que o presente caso não se enquadra na hipótese prevista no artigo 13, inciso VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Os autos foram então conclusos ao Ministro Relator NUNES MARQUES, que, nos termos do rito previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, solicitou informações às autoridades requeridas, bem como determinou a oitiva do Advogado-Geral da União e da Procuradora-Geral da República.

Em atendimento à solicitação, o Governador do Estado de São Paulo defendeu a constitucionalidade dos dispositivos questionados. Nessa linha, asseverou que as decisões sobre a internalização de convênios celebrados no âmbito do Confaz e sua ulterior revogação interna poderiam ser adotadas de forma unilateral, porquanto traduziriam prerrogativa inerente à autonomia federativa dos Estados-membros. Segundo o requerido, essa revogação interna unilateral não se confunde com a revogação geral do convênio, a qual deve ocorrer na forma prevista no artigo 2º, § 2º, da Lei Complementar nº 24/1975.

Não obstante, asseverou que a redução dos benefícios fiscais ora atacados teria sido autorizada pelo Confaz, no Convênio ICMS 42/2016, e observado estritamente os parâmetros ali fixados. Para o requerido, *“não há dúvidas de que esse convênio foi absolutamente respeitado pelos Decretos ora impugnados. A redução não pode ser interpretada somente como diminuição de quantidade ou percentual, mas também de abrangência dos sujeitos passivos da relação tributária. O parâmetro deve ser o montante de ICMS arrecadado, e não os sujeitos passivos”* (fl. 25 das informações prestadas).

Sob o aspecto finalístico dos dispositivos em tela, sustentou que *“as normas contestadas tiveram a finalidade de viabilizar uma série de medidas para dotar o Estado de meios de enfrentamento da grave situação fiscal que ora*

vivenciamos devido aos efeitos negativos da Pandemia da COVID-19” (fl. 20 das informações prestadas).

Ademais, argumentou que o artigo 152 da Lei Maior não teria aplicabilidade ao presente caso, dado que esse comando visaria resguardar o pacto federativo.

Por fim, asseverou que a ampliação de isenção tributária por decisão judicial, com base no princípio da isonomia, atentaria contra a separação de poderes (artigo 2º da Lei Maior).

O Sindicato dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde, Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas do Estado de São Paulo – SINDHOSP, a Associação Brasileira de Medicina de Grupo – ABRAMGE, a Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo – FEHOSP, a Associação Brasileira de Importadores e Distribuidores de Produtos para Saúde – ABRAIDI, a Federação Estadual das Cooperativas Médicas - Unimed do Estado do Rio de Janeiro, o Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos – SINDUSFARMA, solicitaram o ingresso no presente feito, na qualidade de *amici curiae*.

Na sequência, vieram os autos para manifestação do Advogado-Geral da União.

II – MÉRITO

Conforme relatado, a requerente alega que os decretos questionados teriam modificado unilateralmente o regime de isenção de ICMS sobre operações realizadas com medicamentos, insumos e equipamentos de saúde, regime esse previsto em convênios aprovados pelo Confaz e ratificados pelo Estado de São Paulo.

No ponto, a Constituição da República condiciona expressamente a

concessão e a revogação de incentivos fiscais de ICMS à deliberação prévia dos Estados-membros e do Distrito Federal no âmbito do Confaz. A propósito, confira-se:

Artigo 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

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.

(...)

§ 2.º 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**. (Grifou-se)

A respeito do tema, esse Supremo Tribunal Federal entende que a exigência constitucional de deliberação prévia dos Estados-membros e do Distrito Federal para a concessão de benefícios fiscais de ICMS é necessária em razão da importância desse tributo para a manutenção do equilíbrio econômico e para evitar a ocorrência de “*guerra fiscal*” entre os entes federados⁷. Nesse sentido, confira-se:

ICMS – “GUERRA FISCAL” – CONCESSÃO UNILATERAL DE ISENÇÕES, INCENTIVOS E BENEFÍCIOS FISCAIS – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE CONVÊNIO COMO PRESSUPOSTO LEGITIMADOR DA OUTORGA, PELO ESTADO-MEMBRO OU PELO DISTRITO FEDERAL, DE TAIS EXONERAÇÕES TRIBUTÁRIAS – PERFIL NACIONAL QUE QUALIFICA A ESTRUTURA JURÍDICO-NORMATIVA DO ICMS – A EXIGÊNCIA DE CONVÊNIO INTERGOVERNAMENTAL COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DE EXONERAÇÃO FISCAL DO ESTADO-MEMBRO/DISTRITO

⁷ “Visando à manutenção do equilíbrio econômico e a evitar a guerra fiscal, benefícios fiscais serão concedidos e revogados mediante deliberação dos Estados-membros e do Distrito Federal. O ato normativo estadual sujeita-se à lei complementar ou a convênio (artigo 155, § 2º, inciso XII, ‘f’).” Trecho extraído da ementa do acórdão proferido na ADI nº 2320, Relator: Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 15/02/2006, Publicação em 16/03/2007.

FEDERAL EM TEMA DE ICMS – RECEPÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75 PELA VIGENTE ORDEM CONSTITUCIONAL – O SIGNIFICADO DA IMPRESCINDIBILIDADE DO CONVÊNIO INTERESTADUAL NA OUTORGA DE ISENÇÕES, INCENTIVOS E BENEFÍCIOS FISCAIS REFERENTES AO ICMS – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – INSTITUIÇÃO, PELO ESTADO DE SÃO PAULO, DE REGIME DIFERENCIADO DE TRIBUTAÇÃO EM MATÉRIA DE ICMS QUE CULMINA POR INSTAURAR SITUAÇÃO DE APARENTE “COMPETIÇÃO FISCAL INCONSTITUCIONAL” LESIVA AO ESTADO DO AMAZONAS E A SEU POLO INDUSTRIAL – MEDIDAS QUE SE REFEREM À PRODUÇÃO DE “TABLETS” – POSSÍVEL TRANSGRESSÃO, PELOS DIPLOMAS NORMATIVOS PAULISTAS, AO ARTIGO 152 DA CONSTITUIÇÃO, QUE CONSAGRA O “PRINCÍPIO DA NÃO-DIFERENCIAÇÃO TRIBUTÁRIA” – PRECEDENTE DO STF – MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ICMS – “GUERRA FISCAL” – CONCESSÃO UNILATERAL DE INCENTIVOS E BENEFÍCIOS DE ORDEM TRIBUTÁRIA – INADMISSIBILIDADE – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE CONVÊNIO – A existência de convênios interestaduais celebrados em atenção e em respeito à cláusula da reserva constitucional de convênio, fundada no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição da República, traduz pressuposto essencial legitimador da válida concessão, por Estado-membro ou pelo Distrito Federal, de benefícios, incentivos ou exonerações fiscais em tema de ICMS. – Revela-se inconstitucional a concessão unilateral, por parte de Estado-membro ou do Distrito Federal, sem anterior convênio interestadual que a autorize, de quaisquer benefícios tributários referentes ao ICMS, tais como, exemplificativamente, (a) a outorga de isenções, (b) a redução de base de cálculo e/ou de alíquota, (c) a concessão de créditos presumidos, (d) a dispensa de obrigações acessórias, (e) o diferimento do prazo para pagamento e (f) o cancelamento de notificações fiscais. Precedentes. (...)

(ADI nº 4635 MC-AgR-Ref, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 11/12/2014, Publicação em 12/02/2015; grifou-se);

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 12, *caput* e parágrafo único, da Lei estadual (PA) nº 5.780/93. **Concessão de benefícios fiscais de ICMS independentemente de deliberação do CONFAZ. Guerra Fiscal. Violação dos artigos 150, § 6º, e 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal. 1. É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal de que são inconstitucionais as normas que concedam ou autorizem a concessão de benefícios fiscais de ICMS (isenção, redução de base de cálculo, créditos presumidos e dispensa de pagamento) independentemente de deliberação do CONFAZ, por violação dos artigos 150, § 6º, e 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal, os quais repudiam a**

denominada “guerra fiscal”. Precedente: ADI nº 2.548/PR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ 15/6/07. 2. Inconstitucionalidade do artigo 12, *caput*, da Lei nº 5.780/93 do Estado do Pará, e da expressão “sem prejuízo do disposto no *caput* deste artigo” contida no seu parágrafo único, na medida em que autorizam ao Poder Executivo conceder diretamente benefícios fiscais de ICMS sem observância das formalidades previstas na Constituição. 3. Ação direta julgada parcialmente procedente. (ADI nº 1247, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 01/06/2011, Publicação em 17/08/2011; grifou-se).

Da mesma maneira, essa deliberação dos Estados e do Distrito Federal também se faz necessária para que os benefícios fiscais de ICMS sejam revogados. A esse respeito, Ricardo Lobo Torres leciona que *“isenções concedidas por convênio só se revogam por outro convênio, eis que no ato de conceder o benefício se esgota a autorização coletiva”*⁸.

Em abono a esse entendimento, Heleno Torres afirma que *“nenhuma lei interna pode promover, unilateralmente, regime diverso da isenção autorizada em convênio. Em vista disso, qualquer convênio que cria isenção não poderá ser objeto de modificação interna, sequer por lei ordinária, salvo naquilo que o Convênio autoriza”*⁹.

A seu turno, Sacha Calmon Navarro Coelho assevera que

a fórmula dos convênios como meio hábil para pôr e **tirar isenções**, assim como para partear técnicas exonerativas outras, ao mesmo tempo em que afastou a União da difícil e até mesmo ingrata tarefa de interferir na administração jurídica do imposto, cometeu aos Estados-Membros – que, em conjunto, formam a Federação – o mister de se autopoliciarem no tocante ao exercício da competência tributária exonerativa¹⁰.

⁸TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**. Volume IV – Os tributos na Constituição, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 297.

⁹ TORRES, Heleno. In: **Comentários à Constituição do Brasil**, J.J. Gomes Canotilho [et al.], 2ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, P. 1835.

¹⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**, 17ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 240.

A importância desse comando constitucional enquanto mecanismo de cooperação federativa, inclusive para a revogação de isenções de ICMS, também foi enfatizada, no âmbito dessa Suprema Corte, pela a Ministra ROSA WEBER que em seu voto-condutor proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3936 esclareceu que o requisito da reserva de convênio, estabelecido no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição tem por finalidade primordial ***“viabilizar a estruturação de uma política racional de estímulos econômicos no âmbito do ICMS, de caráter nacional, consentida e coordenada por todos os Estados e pelo Distrito Federal”***, e acrescentou que *“dela decorre a segunda finalidade, mais específica, de evitar a competição predatória entre os Estados da Federação - considerado também o Distrito Federal - para atrair contribuintes aos seus territórios”*¹¹.

Com efeito, a revogação unilateral de benefícios fiscais firmados no âmbito do CONFAZ e internalizados pelo Estado-membro tem o condão de provocar abalos profundos na segurança jurídica, seja sob a perspectiva da confiança entre os Estados signatários – com risco de suscitar o indesejável e corrosivo fenômeno da “guerra fiscal” –, seja sob o prisma da confiabilidade do contribuinte em relação à política fiscal do Estado. Por essa razão, Heleno Fragoso afirma que *“com qualquer resistência à aplicação do convênio em vigor violam-se os princípios da moralidade e da impessoalidade”*¹².

Para além do respaldo de balizada doutrina, o entendimento pela inadmissibilidade de revogação unilateral de benefícios fiscais decorrentes de convênio de ICMS se encontra desde há muito consolidado no âmbito dessa Suprema Corte, conforme demonstram as ementas transcritas abaixo:

-ICM. ISENÇÃO CONCEDIDA POR CONVENIO. REVOGAÇÃO PELO DECRETO ESTADUAL N. 1473/80. 1. A LEI COMPLEMENTAR N. 24/75 NÃO ADMITE A DISTINÇÃO

¹¹ ADI nº 3936, Relatora: ROSA WEBER, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 25/10/2019, Publicação em 07/11/2019.

¹² Opus Cit., p. 1834.

ENTRE CONVENIOS AUTORIZATIVOS E CONVENIOS IMPOSITIVOS. ASSIM, A REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO DECORRENTE DE CONVENIO NÃO PODE FAZER-SE POR MEIO DE DECRETO ESTADUAL, MAS TEM DE OBSERVAR O DISPOSTO NO PARAGRAFO 2. DO ARTIGO 2. DA REFERIDA LEI COMPLEMENTAR. 2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO, DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSAO "BACALHAU" CONSTANTE DO PARAGRAFO 21 QUE O DECRETO 14737, DE 15 DE FEVEREIRO DE 1980, DO ESTADO DE SÃO PAULO ACRESCENTOU AO ARTIGO 5. DO REGULAMENTO DO IMPOSTO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS, APROVADO PELO DECRETO 5.410, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1974, DO MESMO ESTADO.

(RE nº 96545, Relator: Ministro MOREIRA ALVES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 01/09/1982, Publicação em 04/03/1983; grifou-se);

- ICM. ISENÇÃO CONCEDIDA POR CONVENIO. REVOGAÇÃO PELO DECRETO ESTADUAL N. 14737/80. 1. A LEI COMPLEMENTAR N. 24/75 NÃO ADMITE A DISTINÇÃO ENTRE CONVENIOS AUTORIZATIVOS E CONVENIOS IMPOSITIVOS. ASSIM, A REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO DECORRENTE DE CONVENIO NÃO PODE FAZER-SE POR MEIO DE DECRETO ESTADUAL, MAS TEM DE OBSERVAR O DISPOSTO NO PARAGRAFO 2. DO ARTIGO 2. DA REFERIDA LEI COMPLEMENTAR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(RE nº 98952, Relator: Ministro MOREIRA ALVES, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 26/11/1982, Publicação em 25/03/1983; grifou-se);

- ICM. Isenção. Revogação. Convênio Interestadual. A revogação de isenção do ICM concedia em convênio interestadual, resultante de ato posterior da mesma natureza, independe de lei formal para legitimar-se, mas tão somente de ratificação do convênio revogatório pelo Estado, mediante decreto (Lei complementar nº 24/75). Recurso Extraordinário conhecido e provido.

(RE nº 106965, Relator: Ministro RAFAEL MAYER, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 25/10/1985, Publicação em 29/11/1985; grifou-se);

- ICM. Revogação de isenção. Convênio interestadual. Ratificação por decreto. Lei complementar 24/75. É legítima a ratificação, por decreto estadual, de convênio interestadual revocatório da isenção do ICM.

(RE nº 101965, Relator: Ministro FRANCISCO REZEK, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 10/04/1984, Publicação em 18/05/1984; grifou-se);

ICM. CONVENIO INTERESTADUAL. ISENÇÃO (REVOGAÇÃO UNILATERAL PELO ESTADO). LEI COMPLEMENTAR 24/75. IMPORTAÇÃO. PERAS FRESCAS.

E ILEGAL E OFENSIVO DOS ARTS. 1. E 2., PARAGRAFO 2., DA LEI COMPLEMENTAR 24/75, O ATO UNILATERAL DO ESTADO QUE REVOGA A ISENÇÃO QUE FOI CONCEDIDA EM RAZÃO DE CONVENIO INTERESTADUAL, E SEM QUE A REVOGAÇÃO SE AUTORIZE POR CONVENIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(RE nº 96956, Relator: Ministro RAFAEL MAYER, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 24/08/1982, Publicação em 24/09/1982; grifou-se).

Vale salientar que o procedimento para a concessão de benefícios fiscais de ICMS e para a sua revogação total ou parcial, com base no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Lei Maior, encontram-se disciplinados na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, nos seguintes termos:

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas **ou revogadas** nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal.

(...)

§ 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

(...)

Art. 4º - Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação dos convênios no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação, o Poder Executivo de cada Unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo.

(...)

§ 2º - Considerar-se-á rejeitado o convênio que não for expressa ou tacitamente ratificado pelo Poder Executivo de todas as Unidades da Federação ou, **nos casos de revogação a que se refere o art. 2º, § 2º, desta Lei, pelo Poder Executivo de, no mínimo, quatro quintos das Unidades da Federação.** (Grifou-se)

A simples leitura dos comandos transcritos mostra que a Lei Complementar nº 24/1975 sujeita a decisão acerca da revogação total ou parcial de benefícios de ICMS a duas etapas bem definidas, quais sejam, (i) a aprovação de pelo menos quatro quintos dos representantes dos Estados e do Distrito Federal presentes na reunião do Confaz (artigo 2º, § 2º) e (ii) a sua ratificação interna pelo Poder Executivo de, no mínimo, quatro quintos das unidades da Federação (artigo 4º, § 2º).

Assim, por força dessa regulamentação legal da cláusula de reserva de convênio inscrita no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição, o Estado-membro não está autorizado a revogar ou a modificar unilateralmente os benefícios tributários autorizados em convênio celebrado no âmbito do Confaz, sob pena de ofensa aos postulados da segurança jurídica e da proteção à confiança, bem como dos princípios administrativos da moralidade e da impessoalidade.

Na espécie, trata-se de fato incontroverso que as medidas ora impugnadas não foram aprovadas com base nesse procedimento previsto na Lei Complementar nº 24/1975.

Ressalte-se, contudo, a possibilidade de que a autorização para a redução ou a supressão de benefícios fiscais esteja prevista no próprio convênio celebrado no âmbito do Confaz e ratificado pelos Estados. Nesse caso, a medida não traduzirá revogação ou modificação do regime, desde que tomada de acordo com as condições estabelecidas no convênio.

Em suas informações, o Governador do Estado de São Paulo alega que a revogação por decreto de isenções de ICMS sobre operações relativas a insumos e equipamentos de saúde destinados a hospitais privados (Convênios

01/1999, 140/2001, 73/2010, 10/2002 e 162/1994) teria sido realizada com base na autorização concedida pelo Convênio ICMS 42/2016, replicada no artigo 22, inciso II, da Lei Estadual nº 17.293/2020¹³.

Essa justificativa, contudo, não merece ser acolhida.

O mencionado Convênio ICMS 42/2016 autoriza os Estados e o Distrito Federal a reduzir em, no mínimo, dez por cento, o montante dos benefícios e incentivos que resultem na diminuição do valor ICMS a ser pago.

Ocorre que as normas internalizadas no RICMS-SP, com base nos Convênios ICMS 01/1999, 140/2001, 73/2010, 10/2002 e 162/1994, concederam *isenção* de tributos. Dessa maneira, dado que não há previsão de valor de ICMS a ser pago – mas, reitere-se, de simples isenção –, a autorização prevista no Convênio 42/2016 não tem aplicabilidade ao caso. De fato, a redução desse benefício fiscal, na forma prevista no inciso II da cláusula primeira do Convênio 42/2016, equivaleria à supressão da isenção concedida e, por conseguinte, à revogação dos convênios.

Não por acaso, a autorização veiculada pelo Convênio ICMS 42/2016 se refere apenas à redução do montante de *incentivos e benefícios fiscais*; o ato não se reporta especificamente às isenções – muito embora essa tripartição terminológica (“*isenções, incentivos e benefícios fiscais*”) conste expressamente do artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal e de outros comandos constitucionais análogos¹⁴. A redação da ementa e das cláusulas do Convênio 42/2016 é um claro indicativo de que a autorização ali prevista não pode

¹³ “Artigo 22 - Fica o Poder Executivo autorizado a:
(...)”

II - reduzir os benefícios fiscais e financeiros-fiscais relacionados ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, na forma do Convênio nº 42, de 3 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, e alterações posteriores”.

¹⁴ Art. 156, § 3º, inciso III; art. 87, inciso II, do ADCT

servir de base para a modificação de normas concessivas de isenção de ICMS (em sentido estrito), mas apenas para as normas que concedem demais incentivos e benefícios fiscais, nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 24/1975.

Ademais, cumpre assinalar que nem o Convênio ICMS 42/2016, nem os Convênios ICMS 01/1999, 140/2001, 73/2010, 10/2002 e 162/1994 veiculam autorização específica para que os Estados-membros restrinjam o universo de contribuintes beneficiários das isenções. Esses convênios, dois dos quais se encontram em vigor há mais de vinte anos, embora tenham passado por muitas modificações desde o início de sua longa vigência, jamais veicularam distinção dessa espécie, seja por iniciativa dos representantes reunidos no âmbito do Confaz, seja por iniciativa do próprio Estado de São Paulo.

Assim, ao estipular o destino das operações como critério para a isenção do ICMS, os decretos impugnados estabeleceram disciplina paralela e contraposta a dos convênios mencionados no parágrafo antecedente, inovando, assim, no ordenamento jurídico, em clara violação ao disposto nos artigos 2º, § 2º; e 4º, § 2º, da Lei Complementar nº 24/1975, e, por conseguinte, ao comando inscrito no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal.

Vale frisar que o Decreto nº 65.254, de 15 de outubro de 2020 – que modificou os Convênios ICMS 1/99, 140/01 e 73/10, os quais concederam isenção por prazo certo – entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 2021 e vem produzindo efeitos desde então (artigo 5º). Nessa data, contudo, as disposições contidas nos convênios estavam em pleno vigor, por força da prorrogação estabelecida pelo Convênio ICMS 133/20, posteriormente renovada pelo Convênio ICMS 28/21, de 12 de março de 2021¹⁵, até 31 de março de 2022.

¹⁵ Ratificado pelo Ato Declaratório nº 6, de 18 de março de 2021.

Dessa maneira, não restam dúvidas de que o regime de isenções previsto nos Convênios ICMS 1/99, 140/01 e 73/10 foi modificado pelo Decreto Estadual nº 65.254/2020 no curso do seu prazo de vigência. Ao fazê-lo, esse ato feriu, adicionalmente, a norma prevista no artigo 178 do Código Tributário Nacional, com a redação dada pela Lei Complementar nº 24/1975¹⁶.

De outro giro, os atos impugnados não passam pelo crivo da proporcionalidade, da razoabilidade e da seletividade. Primeiramente, não se sustenta a justificativa de que as normas contestadas teriam a finalidade de compensar a queda das receitas tributárias em razão da crise econômica gerada pela pandemia, haja vista o superávit de R\$ 7,7 bilhões registrado pelo Governo de São Paulo no ano de 2020, que também encerrou o ano com R\$ 14,6 bilhões no caixa¹⁷.

Em recente declaração à imprensa, o Governador do Estado de São Paulo anunciou que o Produto Interno Bruto de São Paulo registrou o crescimento de 0,4% no ano de 2020, diante do recuo de 4,1% do PIB nacional¹⁸; por sua vez, o Secretário de Fazenda projetou o crescimento de 5% do PIB estadual para o ano de 2021¹⁹.

Registre-se, ainda, que os decretos impugnados ampliaram de modo significativo os custos para a aquisição de medicamentos, insumos e equipamentos que são indispensáveis para a realização de cirurgias e para o adequado tratamento da AIDS, de câncer, da gripe H1N1 e de diversas outras

¹⁶ “Art. 178 - A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104”.

¹⁷ Disponível em: <<https://namidia.fapesp.br/governo-de-sao-paulo-teve-superavit-de-r-77-bilhoes-em-2020-e-oposicao-fala-em-cortes-exagerados/262531>> Acesso em 09 abril de 2021.

¹⁸ Disponível em <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/pib-de-sao-paulo-cresce-e-se-destaca-em-meio-a-queda-da-economia-nacional-e-mundial-2/>> Acesso em 13 abril 2021.

¹⁹ Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/02/03/sp-nao-teve-recessao-em-2020-e-crescera-5-agora-diz-meirelles.ghml>> Acesso em 13 abril 2021.

enfermidades de altíssima gravidade, tudo isso em meio à maior crise de saúde pública mundial que se tem notícia na história recente.

A título de exemplo, apenas o anexo do Convênio nº 1/1999, em vigor há mais de vinte anos, traz um rol de 194 produtos básicos para o adequado tratamento de diversos tipos de acidente e enfermidades, tais como rins artificiais, clips para aneurisma, bolsa para drenagem, arruelas, prótese para esôfago, sonda para nutrição, conjunto para autotransfusão, fios de sutura, componentes ortopédicos, enxertos, hemostáticos e diferentes modalidades de cateter, dentre outros insumos e equipamentos essenciais para a saúde. Como se pode observar, essas medidas podem representar graves obstáculos para a aquisição e disponibilidade desses produtos e, portanto, para o enfrentamento de diversas enfermidades, inclusive de Covid-19, tal como já assinalado pelo Ministro Relator em seu despacho. Resta claro, pois, que a modificação do regime de isenções agride frontalmente o princípio da seletividade, inscrito no artigo 155, § 2º, inciso III, da Lei Maior²⁰.

Ademais, como cediço, a Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003, conferiu à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamento – CMED – a prerrogativa de assegurar o efetivo repasse aos preços dos medicamentos de qualquer alteração da carga tributária, em ajuste que ocorre anualmente²¹.

²⁰ “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

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

(...)

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”.

²¹ “Art. 4º As empresas produtoras de medicamentos deverão observar, para o ajuste e determinação de seus preços, as regras definidas nesta Lei, a partir de sua publicação, ficando vedado qualquer ajuste em desacordo com esta Lei.

(...)

§ 7º Os ajustes de preços ocorrerão anualmente”.

“Art. 6º Compete à CMED, dentre outros atos necessários à consecução dos objetivos a que se destina esta Lei:

(...)

X - assegurar o efetivo repasse aos preços dos medicamentos de qualquer alteração da carga tributária”.

Saliente-se que, longe de ter um impacto meramente regional sobre as cadeias produtiva, de distribuição e de varejo, o aumento da carga tributária estadual sobre esses produtos afeta diretamente os serviços de saúde em todo o país, dado que o Estado de São Paulo concentra parcela significativa da produção, importação e distribuição de medicamentos, insumos e equipamentos de saúde.

Nesse sentido, a Federação Estadual das Cooperativas Médicas – Unimed do Estado do Rio de Janeiro, em seu pedido de admissão como *amicus curiae* (documento eletrônico nº 69), asseverou que

a revogação da isenção do ICMS incidente sobre os equipamentos, insumos e medicamentos em questão acarretou a expressiva elevação do custo desses produtos, o que, por sua vez, impactou no custo da prestação de serviços de saúde pelo setor privado, o qual será inevitavelmente repassado pelos operadores de planos de saúde quando prestados em favor dos seus usuários. Assim, esse aumento no custo do serviço de saúde ensejará, em última análise, o inevitável reajuste dos preços dos planos de saúde.

Por fim, cabe mencionar que as instituições privadas de saúde também prestam serviços ao sistema único de saúde, de forma complementar, com base no disposto no artigo 199, § 1º, da Lei Maior²². Dessa maneira, a ampliação dos custos desses serviços – e a consequente redução do universo de clientes com poder aquisitivo para contratá-los – resulta em clara restrição do direito de acesso à saúde (artigo 196, da Constituição²³). Disso exsurge a irrazoabilidade do critério adotado pelos decretos atacados para reduzirem a isenção de ICMS.

Com base nesses argumentos, conclui-se pela inconstitucionalidade das normas questionadas, por ofensa ao artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal, e, ainda, aos princípios federativo, da segurança jurídica, da

²² “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.

²³ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

proteção à confiança, da proporcionalidade, da razoabilidade e da seletividade.

Cumprе destacar, finalmente, que o posicionamento externado na presente manifestação encontra-se em consonância com o entendimento consolidado dessa Suprema Corte – e reafirmado no julgamento da questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3916, Relator Ministro EROS GRAU, DJ de 19.10.2009; da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4843, Relator Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 03.02.2014; da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 351, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 05.08.2014; e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 119, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, DJ de 28.03.2014 – no sentido da autonomia do Advogado-Geral da União para se contrapor à constitucionalidade das normas submetidas ao seu exame, na jurisdição concentrada de constitucionalidade, notadamente quando houver precedente no mesmo sentido.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se pela procedência da ação, com a consequente declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso I, alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘g’, do Decreto nº 65.254/2020, e dos artigos 1º, inciso I, alínea ‘a’, e 2º, inciso I, alínea ‘t’, do Decreto nº 65.255/2020, ambos editados pelo Governador do Estado de São Paulo

Brasília, de abril de 2021.

ANDRE LUIZ DE
ALMEIDA
MENDONCA

Assinado de forma digital por
ANDRE LUIZ DE ALMEIDA
MENDONCA
Dados: 2021.04.14 15:02:06
-03'00'

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA
Advogado-Geral da União

ADRIANO MARTINS DE
PAIVA:45785066300

Assinado de forma digital por
ADRIANO MARTINS DE
PAIVA:45785066300
Dados: 2021.04.14 16:12:38 -03'00'

ADRIANO MARTINS DE PAIVA
Secretário-Adjunto de Contencioso

CAIO SUNDIN PALMEIRA DE OLIVEIRA
Advogado da União



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS
CONGÊNERES

DESPACHO n. 01652/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.048792/2020-86

INTERESSADOS: COORDENAÇÃO-GERAL DE AQUISIÇÕES DE INSUMOS ESTRATÉGICOS PARA SAÚDE - CGIES/DLOG/SE/MS E OUTROS

ASSUNTOS: PARECER REFERENCIAL

1. Aprovo o Parecer Referencial n. 00008/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU, da lavra do Advogado da União Rafael Carrazzoni Mansur, por seus fundamentos e conclusões.

2. Importante esclarecer que apesar do presente NUP tratar de um caso específico, a manifestação é referencial e poderá ser utilizada em todos os casos que versem sobre o mesmo assunto, no entanto, faz-se necessário que a área técnica interessada ateste, de forma expressa, que o caso concreto veiculado por cada processo administrativo se amolda aos termos do parecer jurídico referencial e atende os requisitos delineados na manifestação precedente.

Diante do exposto, sugere-se o envio dos autos:

- a) Ao Departamento de Logística em Saúde (DLOG)
- b) ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas da CGU;
- c) à Chefe do Serviço de Apoio aos Sistemas de Tramitação de Documentos, para alimentação da página da Consultoria Jurídica;
- d) à chefe de gabinete da consultoria jurídica, para inserção na página do Ministério da Saúde.

À consideração superior.

Brasília, 30 de abril de 2021.

ADRIELE MATOS DE SANTANA SANTOS

Advogada da União

Coordenadora de Suporte Jurídico em Procedimentos Licitatórios

COJUPLI/GLICI/CONJUR-MS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000048792202086 e da chave de acesso e6a9a528

Documento assinado eletronicamente por ADRIELE MATOS DE SANTANA SANTOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 625493034 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ADRIELE MATOS DE SANTANA SANTOS. Data e Hora: 30-04-2021 15:24. Número de Série: 129088775082263445319940945. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS
CONGÊNERES

DESPACHO n. 01654/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.048792/2020-86

INTERESSADOS: COORDENAÇÃO-GERAL DE AQUISIÇÕES DE INSUMOS ESTRATÉGICOS PARA SAÚDE - CGIES/DLOG/SE/MS E OUTROS

ASSUNTOS: MODALIDADE / LIMITE / DISPENSA / INEXIGIBILIDADE E OUTROS

1. Estou de acordo com o PARECER REFERENCIAL n. 00008/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU, de lavra do Advogado da União Rafael Carrazzoni Mansur e o DESPACHO n. 01652/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU, da Coordenadora de Suporte Jurídico em Procedimentos Licitatórios Adriele Matos de Santana Santos.

2. À consideração superior do Sr. Consultor Jurídico.

Brasília, 30 de abril de 2021.

HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES

Coordenador-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000048792202086 e da chave de acesso e6a9a528

Documento assinado eletronicamente por HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 625504345 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES. Data e Hora: 30-04-2021 15:44. Número de Série: 26113175607471164680340473837. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
GABINETE DA CONSULTORIA JURÍDICA

ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO G, EDIFÍCIO SEDE, 6º ANDAR, BRASÍLIA/DF, CEP 70058-900

DESPACHO n. 01655/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.048792/2020-86

INTERESSADOS: Departamento de Logística em Saúde - DLOG/SE/MS e outros.

ASSUNTO: Manifestação jurídica referencial. Celebração de aditivos para reequilíbrio econômico financeiro decorrentes da revogação da isenção tributária do ICMS no Estado de São Paulo, decorrente da Lei nº 17.293, de 15/10/2020.

1. Aprovo o PARECER REFERENCIAL n. 00008/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU, da lavra do Advogado da União Rafael Carrazzoni Mansur, o DESPACHO n. 01652/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU, subscrito pela Coordenadora de Suporte Jurídico em Procedimentos Licitatórios, a Advogada da União Adriele Matos de Santana Santos, e o DESPACHO n. 01654/2021/CONJUR-MS/CGU/AGU, exarado pelo Coordenador-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres, o Advogado da União Hugo Teixeira Montezuma Sales, todos de 30/04/2021, adotando seus fundamentos, conclusões e na forma de manifestação jurídica referencial referente à celebração de aditivos com vistas ao reequilíbrio econômico financeiro decorrentes da revogação da isenção tributária do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, no Estado de São Paulo, decorrente da Lei n. 17.293, de 15/10/2020.

2. Reitera-se que, em caso de dúvida de cunho jurídico, os autos deverão retornar a esta Consultoria Jurídica, para exame individualizado, mediante formulação dos questionamentos específicos.

3. Ademais, por se tratar de manifestação jurídica referencial, está dispensada a análise individualizada, por parte desta Consultoria Jurídica, nos autos dos processos que guardem relação inequívoca e direta com o tema ora analisado, sendo necessário que a área técnica:

i) ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda às referidas manifestações; e

ii) extraia cópia da manifestação referencial, com respectivos despachos de aprovação, e acoste aos autos em que se pretende a aprovação.

4. Nestes termos, ao Apoio Administrativo desta Consultoria Jurídica, para que:

- **a)** junte as presentes manifestações e anexo (seq. 2 a 6 do presente NUP) ao sistema SEI e encaminhe os autos virtuais:

a.i) ao Departamento de Logística em Saúde - DLOG/SE/MS, para ciência e demais providências cabíveis;

a.ii) à Secretaria-Executiva - SE/MS, para ciência; e

a.iii) à Subsecretaria de Assuntos Administrativos - SAA/SE/MS, para ciência.

- **b)** abra tarefa, via sistema SAPIENS:

b.i) à Consultoria-Geral da União, aos cuidados do Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas - DEINF/CGU/AGU, para ciência e registro;

b.ii) à Chefe do Serviço de Apoio aos Sistemas de Tramitação de Documentos - SEASI/CGEAD/CONJUR-MS, para alimentação da página da Consultoria Jurídica; e

b.iii) à Coordenadora de Organização Administrativa - COAD/CONJUR-MS, para inserção na página do Ministério da Saúde.

- **c)** posteriormente, archive o processo em epígrafe no sistema SAPIENS.

Brasília, 30 de abril de 2021.

FERNANDO MIZERSKI

Advogado da União

Coordenador-Geral de Gestão, Assuntos Disciplinares e de Pessoal
Consultor Jurídico junto ao Ministério da Saúde - Substituto

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000048792202086 e da chave de acesso e6a9a528

Documento assinado eletronicamente por FERNANDO MIZERSKI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 625552895 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FERNANDO MIZERSKI. Data e Hora: 30-04-2021 18:46. Número de Série: 15537436382271421541170527400. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
