



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000276496

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1013077-68.2023.8.26.0482/50000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é embargante PAZ MED MEDICAMENTOS LTDA, é embargado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitaram os embargos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente), CARLOS VON ADAMEK, RENATO DELBIANCO, MARCELO BERTHE E LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 24 de março de 2025.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 29810

Embargos de Declaração nº 1013077-68.2023.8.26.0482/50000

Embargante: PAZ-MED Medicamentos Ltda.

Embargada: Fazenda do Estado de São Paulo

Vara de Origem: Vara da Fazenda de Presidente Prudente

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Erro material e omissão. Inocorrência. Prequestionamento. Inadmissibilidade. Ausência das hipóteses do art. 1.022 do CPC. Embargos rejeitados.

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração opostos por PAZ-MED Medicamentos Ltda. (fls. 1/12 do incidente) contra o v. acórdão de fls. 3946/3963, que negou provimento ao recurso e manteve a r. sentença de fls. 3819/3822, que julgou improcedente a ação anulatória de débito fiscal, ajuizada em face da Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando a anulação do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.110.928-4.

Sustenta a Embargante, em síntese, que o v. acórdão contém erro material (fls. 4 do incidente, item 3.1), pois teria partido de premissa equivocada ao tomar como inexistente o fato provado nos autos, além de ter utilizado como fundamento o mesmo precedente do voto divergente. Além disso, aduz que há omissão (fls. 9 do incidente, item 3.2) em relação ao

cerceamento de defesa, pois seria necessário oportunizar à Embargante que demonstrasse, de maneira efetiva, o descompasso entre a base de cálculo adotada pelo Fisco e o valor real da operação. A oportunidade foi afastada pelo juízo de origem, que ignorou a existência de substrato probatório suficiente para tornar necessária a dilação probatória.

Pugna pelo afastamento dos alegados vícios, com efeito infringente, bem como o prequestionamento da matéria.

É o relatório.

1. Não há que se falar em erro material ou omissão do v. acórdão, pois toda a matéria deduzida no recurso foi decidida de forma clara e objetiva, respeitados os limites da devolução.

Os presentes embargos de declaração visam, na verdade, a reapreciação do mérito do recurso, na medida em que tratam da lógica do julgamento e tentam impor a sua interpretação ao julgado.

Não se vislumbra, *in casu*, nenhum dos vícios relacionados no artigo 1.022 do CPC – omissão, contradição, obscuridade ou erro material – que viabilizariam a oposição dos embargos.

2. Conforme se denota dos autos, houve fundamentação expressa e específica a respeito da **ausência de cerceamento de defesa** (fls. 3951):

2. De início, ao contrário do alegado pela apelante, a **prova pericial postulada é desnecessária.**

Irrelevante, pois, verificar eventuais diferenças de valores entre a tabela da CMED (PMC - Preço Máximo ao Consumidor) e a tabela da ABCFarma, notadamente porque a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) se trata de órgão idôneo e responsável pela regulação econômica do mercado de medicamentos e produtos farmacêuticos no Brasil, cujo **Preço Máximo ao Consumidor (PMC) divulgado deve prevalecer, nos moldes em que delimitado na legislação e nas Portarias CAT vigentes à época.**

Logo, a utilização da base de cálculo presumida pelo PMC (Preço Máximo ao Consumidor), tal como definida pela CMED, é legítima para fins de substituição tributária.

Sendo assim, de rigor a rejeição das preliminares arguidas, não havendo de se falar na nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa e tampouco por ausência de fundamentação.

Além disso, releva notar que não há vício em relação à utilização do mesmo precedente (REsp nº 1.519.034/RS) para fundamentar o v. acórdão recorrido (fls. 3946/3963) e o voto divergente (fls. 3964/3975), cujo teor foi **devidamente ponderado** no v. acórdão embargado (cf. fls. 3956/3958):

Na mesma toada, o entendimento consolidado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, consoante **REsp nº 1.519.034/RS:**

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO COM BASE NOS PREÇOS DIVULGADOS PELA CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE RELATIVA. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DE QUE O PREÇO PRATICADO PELO COMÉRCIO VAREJISTA É INFERIOR À BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC/73.

2. Na linha dos precedentes deste Tribunal: (a) para fins de substituição tributária do ICMS, é legítima a imposição de que a base de cálculo do imposto corresponda ao preço final a consumidor, fixado por órgão

público competente; (b) O art. 8º da LC 87/96, para fins de substituição tributária progressiva do ICMS, deve levar em consideração os dados concretos de cada caso, para fins de fixação da base de cálculo do ICMS.

3. Assim, em princípio: **"Estabelecendo a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED os critérios para obtenção dos valores correspondentes ao Preço Máximo ao Consumidor, esses valores correspondem à base de cálculo do ICMS, para fins de substituição tributária."** (RMS 20.381/SE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/06/2006, DJ 03/08/2006, p. 203).

4. **Todavia**, conforme constou do acórdão recorrido, **no caso concreto a parte autora comprovou que a base de cálculo do ICMS (fixada com base no Preço Máximo ao Consumidor) é "muito superior" ao preço efetivamente praticado no comércio varejista. Nesse contexto, o Tribunal de origem excepcionou, de modo adequado, os precedentes deste Tribunal que autorizam a utilização do Preço Máximo ao Consumidor para fins de fixação da base de cálculo do ICMS no regime de substituição tributária, no que concerne ao comércio de medicamentos, especialmente ao afirmar que "a base de cálculo estimada deve se aproximar ao máximo da realidade do mercado, de forma a se evitar a excessiva onerosidade ao contribuinte do imposto e, consequentemente, ao consumidor final".**

5. Ressalte-se que tal entendimento é reforçado, em razão da recente mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal que, nos autos do RE 593.849/MG, firmou a seguinte tese jurídica em sede de repercussão geral: "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida".

6. Na linha desse entendimento, se a base de cálculo efetiva é inferior à presumida, é devida a restituição do ICMS pago a maior no regime de substituição tributária. Nesse contexto, não pode o Estado-membro determinar a utilização de critério que implique seja a base de cálculo do ICMS, fixada para fins de substituição tributária, superior ao preço praticado (base de cálculo efetiva), sob pena de ser obrigado a devolver o ICMS pago a maior. Constitui ônus do contribuinte comprovar a discrepância entre o base de cálculo "presumida" e a efetiva. Todavia, havendo comprovação específica, impõe-se reconhecer a ilegalidade do critério utilizado pela entidade tributante (como ocorre no caso dos autos), pois, "o modo de raciocinar 'tipificante' na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta".

7. É oportuno ressaltar que o caso concreto refere-se ao comércio de medicamentos, itens de primeira necessidade. Conforme informações extraídas do endereço eletrônico "<http://www.brasil.gov.br/saude>" a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed) atua no sentido de regular os preços, obstando que as empresas do ramo pratiquem preços superiores aos que autorizados pelo Governo. Em

análise relativa aos "preços máximos estabelecidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed) entre março de 2004 e dezembro de 2011", verificou-se que "a regulação econômica permitiu que os medicamentos chegassem às mãos dos brasileiros com preços, em média, 35% mais baratos do que os pleiteados pelas indústrias farmacêuticas". Nesse contexto seja em consequência da política da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed), seja em razão da própria política de mercado, se os preços praticados pelos varejistas são inferiores aos preços divulgados pela CMED, não é dado ao Estado-membro impor a observância dos preços divulgados, fomentando, dessa forma, a indevida majoração dos preços dos medicamentos no mercado varejista. Ressalte-se que "a regulação do mercado de medicamentos é baseada em um modelo de 'Teto de Preços'".

8. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.519.034/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15/8/2017, DJe de 16/11/2017.)

Com efeito, segundo mencionado no item 3 do v. acórdão acima, em princípio, *“estabelecendo a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED os critérios para obtenção dos valores correspondentes ao Preço Máximo ao Consumidor, esses valores correspondem à base de cálculo do ICMS, para fins de substituição tributária”* (RMS 20.381/SE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/06/2006, DJ 03/08/2006, p. 203).

No mesmo sentido, as Portarias CAT 137/2011, 35/2014 e 116/2015, vigentes à época dos fatos geradores.

Como se vê, **é legal a utilização da base de cálculo presumida com fundamento em ato da CMED** — Câmara de Regulação do Mercado de Medicamento, conforme entendimento do STJ no **REsp nº 1.519.034/RS** (item 3 acima).

Esse é o valor que deve ser utilizado como base de cálculo do ICMS-ST (PMC - Preço Máximo ao Consumidor), **como preveem, inclusive, as Portarias CAT 137/2011, 35/2014 e 116/2015, vigentes à época dos fatos geradores correspondentes à autuação descrita no AIIM nº 4.110.928-4.**

Irrelevante para a higidez do AIIM a questão dos preços praticados no mercado, pois o

ICMS deve ser recolhido com base na Tabela CMED, sendo que posteriormente, em procedimento próprio, é que caberia a empresa fazer prova do efetivo valor de venda, para postular eventual restituição.

Note-se que o v. acórdão embargado não deixou de considerar que é direito do contribuinte a restituição da diferença entre o valor do tributo recolhido previamente a título de substituição tributária e aquele efetivamente devido no momento da venda, consoante Tema nº 201 do STF.

Todavia, a repetição do valor recolhido em excesso não é automática, havendo necessidade de instauração de procedimento administrativo e de comprovação de que a operação final teve valor inferior ao presumido – o que, frise-se, não foi feito no caso.

Conforme destacado, inviável que o ICMS-ST seja calculado usando a tabela da ABCFarma (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico), como pretende a apelante, contrariando a legislação e as Portarias CAT vigentes à época.

A empresa, em verdade, pretendia recolher o ICMS-ST da forma que lhe era melhor e favorável, ao arrepio da legislação. Agora, pretende validar em Juízo tal procedimento irregular.

Consoante já analisado, de acordo com o procedimento correto, a empresa deveria apurar os valores da forma como determinada nas Portarias (pelo PMC) e, posteriormente, caso o preço efetivo praticado no varejo fosse maior, **valer-se dos procedimentos administrativos para restituição do ICMS-ST recolhido a**

maior, o que não foi feito no caso.

A esse respeito, também foi devidamente pontuado que (fls. 3959/3961):

6. Entrementes, é fato que o valor presumido pode não corresponder ao efetivamente praticado no mercado, ou seja, é possível que a operação final (venda) seja realizada por valor inferior ao inicialmente presumido de acordo com a sistemática da substituição tributária progressiva, notadamente porque o valor da tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, o PMC, é o Preço Máximo que pode ser praticado pelo comércio varejista e não reflete, necessariamente, os preços de mercado.

Contudo, inviável que o ICMS-ST seja calculado usando a tabela da ABCFarma (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico), como pretende a apelante, contrariando a legislação e as Portarias CAT vigentes à época.

Nesse caso, conforme o entendimento consolidado pelos C. Tribunais Superiores já destacado anteriormente, incluindo o **Tema 201 do STF**, é resguardado ao contribuinte o direito à restituição da diferença paga a mais, *in verbis*:

Tema 201 - É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

Nesse contexto, é incontroverso o direito à restituição do ICMS-ST pago a maior, “*caso se comprove que na operação final com a mercadoria ou serviço ficou configurada obrigação tributária de valor inferior à presumida*” (art. 66-B, inciso II, da Lei Estadual nº 6.374/1989).

Contudo, é certo que a **repetição do valor recolhido a maior não é automática**, como se conclui do teor do art. 66-B, § 1º, da Lei nº 6.374/1989, que dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, **devendo a empresa postular a restituição do ICMS-ST pago a mais na via administrativa**, conforme segue:

Artigo 66-B - Fica assegurada a restituição do imposto pago antecipadamente em razão da substituição tributária:

I - caso não se efetive o fato gerador presumido na sujeição passiva;

II - caso se comprove que na operação final com mercadoria ou serviço ficou configurada obrigação tributária de valor inferior à presumida.

§ 1º - O pedido de restituição, sem prejuízo de outras provas exigidas pelo fisco, será instruído com cópia da documentação Fiscal da operação ou prestação realizada, que comprove o direito a

restituição.

§ 2º - O Poder Executivo disporá sobre os pedidos de restituição que serão processados prioritariamente, quer quanto a sua instrução, quer quanto à sua apreciação, podendo, também, prever outras formas para devolução do valor, desde que adotadas para opção de contribuinte.

Sendo assim, note-se que, **de acordo com o procedimento correto, a empresa deveria apurar os valores da forma como determinada nas Portarias (pelo PMC) e, posteriormente, caso o preço efetivo praticado no varejo fosse maior, valer-se dos procedimentos administrativos para restituição do ICMS-ST recolhido a maior, o que não foi feito no caso.**

Logo, regular a autuação, devendo subsistir o AIIM nº 4.110.928-4.

3. Com efeito, o aresto analisou claramente a questão e não há como desconsiderar que este recurso apenas expressa o inconformismo da recorrente quanto ao resultado do julgado, não padecendo, portanto, de qualquer vício.

Entende o C. Supremo Tribunal Federal que:

“são incabíveis os Embargos Declaratórios, quando inexistentes os vícios que caracterizam os pressupostos legais de admissibilidade, venha esse recurso, com desvio de sua função jurídico-processual a ser utilizado com a indevida finalidade de instaurar nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo Tribunal”. (EDAg.Reg. np RE nº 156.576-9, RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU 6.9.95).

Observe-se que a Embargante objetiva rediscutir o julgado, evidenciando, assim, o caráter infringente do recurso.

Destarte, uma vez que o v. acórdão contém a fundamentação necessária para justificar a conclusão adotada ao desfecho da lide, não sendo obscuro, contraditório ou omissivo, não são cabíveis os presentes embargos de declaração opostos com base em mera



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

discordância da parte com o teor do julgado.

4. Assim, não configurada qualquer omissão, contradição ou obscuridade no v. acórdão, ou mesmo erro material, é o caso de rejeição dos embargos de declaração.

Com razão, conforme a melhor orientação jurisprudencial, mesmo para fins de prequestionamento, deve a parte demonstrar a ocorrência dos vícios enumerados no art. 1.022 do CPC.

Nesse sentido, o entendimento do C. STJ, conforme EDcl no MS 9972/DF; 3ª Seção; Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA; DJE 19.06.2009.

Isto posto, **conheço e rejeito os embargos**, mantendo na íntegra o v. acórdão de fls. 3946/3963.

Cláudio Augusto Pedrassi

Relator