

**TJDFT**

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

**Órgão** 6ª Turma Cível

**Processo N.** APELAÇÃO CÍVEL 0703683-51.2018.8.07.0018

**APELANTE(S)** PRIME MED DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS  
HOSPITALARES LTDA - EPP

**APELADO(S)** DISTRITO FEDERAL

**Relator** Desembargador ALFEU MACHADO

**Acórdão N°** 1193809

## EMENTA

**CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ILEGALIDADE DA FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS-SUBSTITUTO POR MEIO DOS CRITÉRIOS INDICADOS PELA CMED - CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS. INOCORRÊNCIA. CRITÉRIO MATERIAL DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. HÍGIDO. ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR DE MEDICAMENTOS. PREÇO MÁXIMO AO CONSUMIDOR. BASE DE CÁLCULO NA TÉCNICA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. LEGALIDADE. EFICIÊNCIA TRIBUTÁRIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

1. A substituição tributária progressiva e para frente favorece a eficiência tributária, facilita o trabalho de cobrança dos tributos e ocorre quando a lei atribui: *“a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”* (Art. 150, §7º, CF).
2. Os limites da lide desviam-se das demandas que buscam a declaração do direito de restituição de ICMS pago a maior (RE 593.849). Não se trata especificamente de ato ilegal de retenção das diferenças de ICMS quando a operação é inferior a presumida. A impetrante não quer recolher o valor presumido na forma proposta pela Lei Complementar 87/1996, pretendendo, na prática, recolher o ICMS com base no valor final, real, da operação.
3. A Lei 10.742/2003 autoriza a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, a fixar, ano a ano, o Preço Máximo ao Consumidor (PMC) dos medicamentos, que deverá ser observado pelo comércio varejista, valendo-se este, inclusive, de publicação específica para o mercado do produto, que possibilite dar publicidade aos preços praticados pelos produtores. Precedentes.
4. Estabelecendo a 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 (§2º do art. 8º da Lei Complementar 87/1996).

5. Para a aplicação da Súmula 431 do STJ, que estabelece ser *“ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal”*, o interessado nesta declaração deve comprovar tal situação.
6. A pauta fiscal ou pauta de valor são valores que a Fazenda Pública (no papel de Fisco) estipula para orientar no lançamento, muito comum nas substituições tributárias, e permite o confronto entre o valor que o contribuinte declara que custa o bem ou a mercadoria e aquilo que se apurou que custa.
7. A Câmara de Regulação de CMED não tem relação com a ideia de pauta fiscal. Ela fixa preços de medicamentos em franca defesa dos consumidores não se direcionando sua atuação às práticas fiscais. Aquela tabela evita preços superiores ao praticável e o vilipêndio ao consumidor inserido naquele complexo mercado. Precedentes do STJ.
8. É legal a determinação de recolhimento com base nos preços fixados por aquele órgão. Inexiste direito líquido e certo de tratamento favorecido ao substituto tributário, distribuidor de medicamentos, se este não comprovar a exorbitância ou ilegalidade nos preços máximos cobráveis do consumidor fixados na tabela da CMED.
9. **Recurso conhecido e desprovido.**

## ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ALFEU MACHADO - Relator, JOSÉ DIVINO - 1º Vogal e VERA ANDRIGHI - 2º Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. DESPROVIDO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 14 de Agosto de 2019

**Desembargador ALFEU MACHADO**  
Relator

## RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por PRIME MED DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS HOSPITALARES LTDA – EPP, em face da r. sentença proferida pelo d. Juízo 5ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal (ID 9801509) que denegou a segurança pretendida e revogou a liminar deferida.

Em suas razões (ID 9801516), apesar de ter consciência de ser substituto tributário, quer o reconhecimento do direito ao recolhimento de ICMS-ST (substituto tributário) como base no valor de venda do medicamento e não no valor proposto pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED (criada pela Lei Federal 10.742/2003).

Discorre sobre a natureza jurídica do ICMS. Aponta que sua base de cálculo, como decorrência lógica, deve representar o valor real da respectiva operação, sob pena de desvirtuamento do aspecto material

da hipótese de incidência definida no art. 155, II, da CF.

Indica que o ponto controvertido suscitado na presente demanda consiste em saber se o critério adotado pelo art. 6º, §2º, da Lei 1.254/96, para efeitos de determinação da base de cálculo do ICMS de responsabilidade por substituição tributária, que impõe a utilização do Preço Máximo ao Consumidor – PMC sugerido pelo fabricante, é compatível com o pressuposto material da regra de competência tributária do ICMS.

Entende que há comprovação de que sua aplicação da tabela da CMED resulta em majoração do ICMS em relação ao valor de venda.

Afirma, assim, que não se trata de ação de repetição de indébito, mas de Mandado de Segurança para se ver declarado um direito, pois entende que a regra contida no §2º do art. 6º da Lei 1.254/2006 é incompatível com o entendimento de tribunais superiores. Diz que não precisa comprovar que recolheu valores a maior, tendo em vista que a tabela da CMED já é valor superior, por ser o preço máximo ao consumidor.

Pugna pelo provimento da apelação e reforma da Sentença para que possa utilizar, para fins de cálculo do ICMS devido no regime de Substituição Tributária, o critério previsto no art. 8º, II, da LC 87/96, na cláusula segunda, §1º, do Convênio ICMS 76/94 e art. 6º, I, “a”, da Lei n. 1.254/96, e não o Preço Máximo ao Consumidor – PMC estampado na tabela da CMED, podendo recuperar o que já pagou a maior, respeitando-se o prazo decadencial, a ser apurado em liquidação de sentença.

Preparo recolhido (ID 9801517).

Contrarrazões do Distrito Federal registradas sob ID 9801522. Aduz, em suma, que a impetrante quer se desviar da sistemática da substituição tributária do ICMS. Diz que a tese do STF posta no Tema 201 (RE 593.849) derogou a teoria defendida pelas Fazendas Públicas (Teoria do Encerramento de Fase na Substituição Tributária Progressiva ou para frente) viabilizando a restituição do imposto presumido recolhido.

Ressalta, contudo, que o recolhimento deve ser efetivo para se ter direito à restituição e não se pode permitir a devolução de valores anteriores ao julgamento do RE 593.849. Discorre sobre os aspectos atinentes ao procedimento de restituição.

Propugna o desprovimento do apelo para manutenção da sentença.

Parecer da Procuradoria do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios apresentado no ID 9884580, onde defende a desnecessidade de participação do “parquet”.

Processo distribuído à esta Relatoria em razão do afastamento da Des. Vera Andrichi, preventa ante a análise do mérito do agravo de instrumento 0717181-74.2018.8.07.0000.

É o relatório.

## **VOTOS**

### **O Senhor Desembargador ALFEU MACHADO - Relator**

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Sem preliminares ou prejudiciais, **ingresso no mérito recursal.**

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que não reconheceu abusividade ou práticas abusivas na fixação do Preço Máximo ao Consumidor (PMC) pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) como base de cálculo para o ICMS presumido de competência da apelante, substituta tributária (distribuidora de medicamentos).

Quer o reconhecimento de direito ao recolhimento do imposto utilizando como base de cálculo o valor de venda do medicamento, que é inferior ao previsto na tabela da CMED.

O mandado de segurança, previsto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, é ação de natureza sumária, indicado para a proteção de direito líquido e certo ameaçado ou violado por ato ilegal ou abusivo de autoridade, que deve ser comprovado de plano, não se permitindo dilação probatória.

Destarte, denota-se que o Mandado de Segurança detém entre os seus requisitos a comprovação inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço para a dilação probatória na célere via escolhida.

Para a demonstração do direito líquido e certo, é necessário que, no momento da sua impetração, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que este possa ser prontamente exercido. (*RMS 39.219/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 01/07/2013*).

O ICMS é tributo de competência dos Estados e do DF sujeito ao princípio da não-cumulatividade. Esta natureza está descrita no inciso I do §2º do art. 155 da Constituição Federal: “*O imposto previsto no inciso II [ICMS] (...) será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal*”.

Por outro lado, o lançamento do ICMS ocorre por homologação.

Neste sentido, art. 150 do CTN: “[o] lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”.

Segundo este raciocínio, ressalta-se que a substituição tributária progressiva e para frente ocorre quando a lei atribui: “*a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido*” (Art. 150, §7º, CF).

A apelante é distribuidora de medicamentos, substituto tributário, responsável pelo recolhimento antes de o fato gerador se concretizar.

A Lei Complementar 87/1996, denominada Lei Kandir, dispõe sobre o ICMS de forma mais detalhada e assegura, em seu art. 10, “*ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.*”

Posto isto, os substituídos passaram a requerer a diferença entre o ICMS ficto e o ICMS real.

Assim, em 2017, por meio das ADI 2777 e 2765, o STF julgou o RE 593.849 e considerou que a realidade econômica não permitia mais a conduta da administração fazendária.

A desvalorização do ICMS realmente “cobrável” cuidava-se de raciocínio perigoso, pois transformava uma ficção jurídica em presunção absoluta (não se permitia a restituição do valor recolhido a mais,

apenas do valor correspondente ao fato gerador não ocorrido).

Posto isto, o STF consolidou no julgamento do Tema 201 da sistemática da repercussão geral que: “*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.*” (RE 593849, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, REPERCUSSÃO GERAL - DIVULG 04-04-2017 PUBLIC 05-04-2017)

Contudo, o assunto tratado neste mandado de segurança se afasta do discutido pelo STF quando do julgamento do Tema 201, tendo em vista que lá a Suprema Corte declarou direito de restituição e não de “não pagamento presumido”.

A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições. A apelante faz parte da cadeia inicial da substituição tributária.

De fato, em leitura isolada do inciso I art. 13 da Lei Kandir a base de cálculo do ICMS na saída de mercadoria é o valor da operação.

Mas a pretensão da impetrante é de esvaziar a sistemática da substituição tributária progressiva, situação que não favorece o princípio da eficiência tributária.

Explico.

Nos termos do art. 8º da supracitada lei do ICMS, a base de cálculo, para fins de substituição tributária, será: I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído; II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes: a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário; b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço; c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

De fato, a margem a que se refere a alínea ‘c’ do inciso II do ‘caput’ será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei (§ 4º do art. 8º da LC 87/1996).

Assim, existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço (§ 3º do art. 8º da Lei Complementar nº 87/1996)

Todavia, tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido (Art. 8º, §2º, LC 87/1996)

No caso do mercado de medicamentos, a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED (criada pela Lei Federal 10.742/2003) é o órgão que fixa o preço máximo, mas não possui função fiscal; é órgão que possui como uma de suas finalidades possibilitar o preço máximo a ser cobrado do consumidor, significando, de acordo com dados governamentais, a redução de mais de 35% do preço dos medicamentos vendidos (Consumo e Saúde. Preços de medicamentos: existe um limite? Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/consumo-e-saude-n-35-precos-de-medicamen> . Acessado em 21/7/2019).

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela legitimidade e legalidade da atuação da referida câmara.

Chancelou que a base de cálculo para o ICMS decorrente de substituição tributária (a ser pago pelo

substituto) corresponde ao preço máximo ao consumidor, senão vejamos: "*Estabelecendo a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED os critérios para obtenção dos valores correspondentes ao Preço Máximo ao Consumidor, esse 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).

Ademais, também o Supremo Tribunal Federal – STF, ressaltou a importância da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) ante a complexidade do mercado de medicamentos, a fragilidade do consumidor e a necessidade de garantia do direito constitucional à saúde; confira-se:

*EMENTA Constitucional e Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Supremacia interesse público sobre o privado. Competência normativa conferida à Administração Pública. Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). Coeficiente de Adequação de Preço (CAP). Lei 10.742/2003. Resolução nº 4/2006. Tutela constitucional do direito à saúde (art. 196 CF). Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. 1. A Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) está prevista na Lei nº 10.742/03 como órgão técnico necessário à regulação do setor farmacêutico, justificando-se, especialmente, pelas complexidades do mercado de medicamentos. 2. A amplitude da delegação normativa consiste no fundamento fático-jurídico do exercício do poder regulamentar pela Administração Pública, que deve atuar em consonância com a atendendo à necessidade de regulação do setor farmacêutico e em respeito à dinâmica e às peculiaridades técnicas do mercado de medicamentos. (...) 4. A Constituição Federal de 1988 agrega preocupação social aos princípios gerais da atividade econômica, resultando em legítima atuação do Estado na promoção do acesso universal e igualitário à saúde, direito social garantido pelo art. 19. Constituição Federal, cuja responsabilidade é partilhada pelo Estado e por toda a sociedade. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.*

*(RMS 28487, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 26/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 14-03-2013 PUBLIC 15-03-2013, negrito nosso)*

Portanto, para a aplicação da Súmula 431 do STJ que estabelece ser “*ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal*”, o interessado nesta declaração deve comprovar tal situação.

Relembro que a pauta fiscal ou pauta de valor são valores que a Fazenda Pública (no papel de Fisco) estipula para orientar no lançamento, muito comum nas substituições tributárias, e permite o confronto entre o valor que o contribuinte declara que custa o bem ou a mercadoria e aquilo que se apurou que custa.

O STJ tem o entendimento de que a pauta fiscal por vezes possui um valor aleatório e previamente fixado para apuração da base de cálculo do tributo, prática rechaçada por aquele órgão julgador.

A Câmara de Regulação CMED não tem relação com a ideia de pauta fiscal.

Ela fixa preços de medicamentos em franca defesa dos consumidores não se direcionando sua atuação às práticas fiscais.

Ademais, prevalece a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que afasta a ideia de desenvolvida pela impetrante de que a CMED fixa base de cálculo de tributo (REsp 1636965. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe 10/02/2017).

A lista indicada pela supracitada Câmara não destoa do mercado, até prova em contrário, senão vejamos:

**TRIBUTÁRIO. ICMS. MEDICAMENTOS. BASE DE CÁLCULO. PREÇO DE VENDA. CÂMARA DE REGULAÇÃO DE MEDICAMENTOS (CMED).**

**1. Hipótese em que o Estado adotou os preços para venda de medicamentos fixados pela Câmara de Regulação de Medicamentos (CMED) a fim de estabelecer a base de cálculo do ICMS na sistemática**

### *de substituição tributária.*

2. "Os arts. 4o., § 1o. e 6o., II da Lei 10.742/03, bem como os arts. 6o., 7o., e 8o. da Resolução CME 04/2004 (vigente à época) autorizam a CMED a fixar, ano a ano, o Preço Máximo ao Consumidor (PMC) dos medicamentos, que deverá ser observado pelo comércio varejista, valendo-se este, incluso de publicação específica para o mercado do produto, que possibilite dar publicidade aos preços praticados pelos produtores, como a revista ABCFARMA, **permitindo, assim, que o Fisco, amparado pelo art. 8o., § 2o. da LC 87/96, lance mão desses preços na apuração do ICMS devido na substituição tributária progressiva.** Precedentes: RMS 20.381/SE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU 03.08.2006, p. 203, e RMS 21.844/SE, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJU 01.02.2007, p. 392" (AgRg no AgRg no AREsp 350.678/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, 19.3.2014).

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AgRg no AREsp 468.213/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 30/03/2015, negrito nosso)

**AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE, EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO E RECURSO ESPECIAL, RECONSIDEROU DECISÃO ANTERIOR. TRIBUTÁRIO. ICMS. MEDICAMENTOS. NÃO SE CONFUNDEM A PAUTA FISCAL E O REGIME DE VALOR AGREGADO ESTABELECIDO NO ART. 8º. DA LC 87/96, QUE CONSUBSTANCIA TÉCNICA ADOTADA PELO FISCO, A PARTIR DE DADOS CONCRETOS, PARA A FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO NA SISTEMÁTICA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE, SENDO POSSÍVEL, ADEMAIS, O USO DO PREÇO MÁXIMO AO CONSUMIDOR ESTABELECIDO PELA CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS CMED. PRECEDENTE, AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

1. **É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fis Súmula 431/STJ. No caso dos autos, todavia, a base de cálculo do ICMS adotada pelo Fisco são os preços definidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), órgão público Conselho do Governo da Presidência da República que foi criado pela Lei 10.742/03.**

2. *O STJ entende que não há que se confundir a pauta fiscal - valor fixado prévia e aleatoriamente, a apuração da base de cálculo do tributo - com o arbitramento de valores previsto no art. 148 do CT que é modalidade de lançamento, da mesma forma como também não se pode confundi-la com o reg. de valor agregado estabelecido no art. 8o. da LC 87/96, que é técnica adotada para a fixação da base de cálculo do ICMS na sistemática de substituição tributária para frente, levando em consideração dados concretos de cada caso. Precedente: RMS 18.677/MT, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 20.06.2005, p. 175.*

3. **Dispõe o art. 8o., § 2o. da LC 87/96 que, tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.**

4. *Nesse sentido, os arts. 4o., § 1o. e 6o., II da Lei 10.742/03, bem como os arts. 6o., 7o., e 8o. da Resolução CME 04/2004 (vigente à época) autorizam a CMED a fixar, ano a ano, o Preço Máximo ao Consumidor (PMC) dos medicamentos, que deverá ser observado pelo comércio varejista, valendo-se este, inclusive, de publicação específica para o mercado do produto, que possibilite dar publicidade aos preços praticados pelos produtores, como a revista ABCFARMA, permitindo, assim o Fisco, amparado pelo art. 8o., § 2o. da LC 87/96, lance mão desses preços na apuração do ICMS devido na substituição tributária progressiva. Precedentes: RMS 20.381/SE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU 03.08.2006, p. 203, e RMS 21.844/SE, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJU 01.02.2007, p. 392.*

5. Agravo Regimental do contribuinte desprovido.

(AgRg no AgRg no AREsp 350.678/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 19/03/2014, negrito nosso)

Neste mesmo sentido, podemos citar os seguintes precedentes do TJDFT que abonam a utilização da tabela da CMED como base de cálculo de ICMS-ST:

**TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTOCANCELAMENTO DE INFRAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO ANTECIPADO DO ICMS. FALTA INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO. POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA PELO FISCO DO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. RECURSO DESPROVIDO.**

1. No setor farmacêutico atribui-se a responsabilidade tributária pelo recolhimento antecipado do ICMS referente às operações internas subseqüentes, na qualidade de contribuintes substitutos, ao industrial importador ou ao atacadista/distribuidor alcançados pelo Decreto nº 20.322, de 17 de junho de 1999, pelo Decreto nº 24.371, de 20 de janeiro de 2004, ou pelo Decreto nº 25.372, de 23 de novembro de 2004, nas saídas internas com destino a contribuinte atacadista ou varejista.

2. O ICMS visa tributar em cada operação mercantil o valor agregado a cada mudança de titularidade do bem, tendo como base de cálculo o valor estabelecido pela CMED, obtidos da "Lista de Preços Fábrica e Máximos ao Consumidor", incumbindo ao responsável tributário, na espécie a Distribuidora de farmacêuticos agravante, demonstrar a retenção, na Nota Fiscal, dos valores referentes à cadeia produtiva. E quando for constatada a falta ou insuficiência de recolhimento do imposto devido, o valor correspondente poderá ser exigido do responsável tributário.(...)

4. Na espécie, os valores apurados pelo Distrito Federal, pelo menos nesta fase de análise superficial, qual se impõe a presunção relativa de regularidade dos atos administrativos, decorrem de indevida redução de base de cálculo, no que é lícito ao Fisco Distrital lançar o ICMS pertinente a título de diferencial de base de cálculo efetivamente apurado. (...) Recurso conhecido e desprovido.

(Acórdão n.859398, 20140020310543AGI, Relator: ALFEU MACHADO 3ª TURMA CÍVEL, Data Julgamento: 08/04/2015, Publicado no DJE: 10/04/2015. Pág.: 151)

**TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ILEGALIDADE DA FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS-SUBSTITUTO ATRÁVES DOS CRITÉRIOS INDICADOS PELA CMED - CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS. INOCORRÊNCIA. PREÇOS DIVULGADOS PELA REVISTA "ABC FARMA". PREÇO MÁXIMO AO CONSUMIDOR. LEGALIDADE. PRECEDENTES. STF E STJ.**

1. O Supremo Tribunal Federal conferiu constitucionalidade do mecanismo de substituição tributária 'para frente', relativamente ao ICMS, por meio do qual se impõe ao substituto a responsabilidade pelo recolhimento antecipado do tributo, arremetido em fato gerador presumido.

2. A Lei 10742/2003 criou a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, a qual definiu normas de regulação para o setor farmacêutico e estabeleceu critérios para a fixação e ajuste de preços de venda, submetendo estes ajustes a um "modelo de teto de preços", não havendo ilegalidade em tal conduta, amparada pela própria norma.

3. Deseja o impetrante o reconhecimento judicial da ilegalidade da fixação da Base de Cálculo do ICMS-Substituto, através dos critérios indicados pela CMED, na medida em que dito órgão é incompetente para tal, conforme dispõe a Lei 10742/03. 3.1. Ainda, busca a obtenção da declaração judicial do direito à compensação do imposto arrecadado indevidamente, consoante a Súmula 213 do STJ.

4. Precedentes. STF e STJ: 4.1 'Recurso extraordinário desprovido. 2. ICMS. Recolhimento antecipado. Substituição tributária "para frente". 3. É constitucional o regime de substituição tributária "para frente", em que se exige do industrial, do atacadista, ou de outra categoria de contribuinte, na qualidade de substituto, o recolhimento antecipado do ICMS incidente sobre o valor final do produto cobrado e



*consumidor, retirando-se do revendedor ou varejista, substituído, a responsabilidade tributária. Precedente: RE n.º 213.396/SP, julgado em sessão plenária, a 2.8.1999. 4. Não há, assim, ofensa ao direito de propriedade, ou mesmo a ocorrência de confisco, ut art. 150, IV, da Constituição Federal. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 207377 AgR, Relator(a): Min. Néri Da Silveira, D. 09-06-2000 p. 0023). 4.2 "Estabelecendo a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED os critérios para obtenção dos valores correspondentes ao Preço Máximo ao Consumidor, es valores correspondem à base de cálculo do ICMS, para fins de substituição tributária. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento." (RMS 20.381/SE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 03/08/2006, p. 203). 4. Recurso ordinário a que se nega provimento." (RMS 20.381/SE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 03/08/2006, p. 203).*

(Acórdão n.707540, 20090111638850APC, Relator: JOÃO EGMONT, Revisor: LUCIANO MOREI VASCONCELLOS, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/08/2013, Publicado no DJE: 03/09/2013, Pág.: 175)

Assim, ao contrário do pensamento desenvolvido pela impetrante, inexistente direito líquido e certo ao pagamento de tributo com base em valor real de venda de medicamento em substituição tributária para frente.

Como posto pelo Juízo, os limites da lide desviam-se dos questionamentos relacionados à Fazenda local quando se postula declaração do direito de restituição de ICMS pago a maior. Não se trata especificamente de ato ilegal de retenção das diferenças de ICMS quando a operação é inferior à presumida.

Inclusive o REsp 1.519.034/RS, citado pela apelante para defesa de sua tese, a desabona.

No caso concreto a parte apelante não 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. Autoriza-se, portanto, 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.

Confira-se o teor da ementa do supramencionado REsp 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 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, os 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 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, na 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 contribuinte do imposto e, conseqüentemente, 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 repercussão geral: "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a maior 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 obrigada 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". (... Recurso especial não provido. (REsp 1519034/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 16/11/2017, negrito nosso)*

Como o caso vertente relaciona-se à suposta extrapolação dos limites do poder de tributar com a utilização da "tabela da CMED", ou seja, a apelante não quer pagar o valor "cheio" proposto pela supracitada Câmara de Regulação, caberia a ela comprovar 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.

Nada demonstra, de plano, neste ação constitucional.

Conclui-se que a impetrante não tem direito de recolher o ICMS em substituição progressiva na forma proposta por ela, ressalvando-se o direito de buscar nas vias ordinárias a comprovação de ilegalidade na composição das tabelas da CMED (preços exorbitantes), como exaustivamente exposto.

Isso posto, forte nas considerações acima, **nego provimento** ao recurso manejado, mantendo incólume a r. sentença.

Sem honorários recursais.

É como voto.

### **O Senhor Desembargador JOSÉ DIVINO - 1º Vogal**

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A PRIME MED DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS HOSPITALARES LTDA – EPP, impetrou mandado de segurança em face do DISTRITO FEDERAL objetivando, em suma, o

reconhecimento do direito ao recolhimento do ICMS-ST (substituto tributário) com base no valor de venda do produto e não no valor fixado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, órgão criado pela Lei Federal 10.742/2003.

A segurança foi denegada.

Inconformada, a impetrante apelou.

É o resumo dos fatos relevantes.

O art. 8, § 2º, da LC 87/96, bem como o art. 6º, § 2º, da Lei nº 1.254/96, estipulam que a base de cálculo do ICMS, para fins de substituição tributária para frente, quando se trata de mercadoria cujo preço final, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, é o referido preço por ele estabelecido, *in verbis*:

*“Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:*

*(...)*

*§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.”*

*Art. 6º A base de cálculo do imposto é:*

*(...)*

*§ 2º Em se tratando de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço.”*

Em se tratando de medicamentos, a política de preços é estabelecida pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, órgão criado pela Lei Federal nº 10.742/2003.

Confira-se:

*“Art. 5º Fica criada a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, do Conselho de Governo, que tem por objetivos a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, voltados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor.*

*Parágrafo único. A composição da CMED será definida em ato do Poder Executivo.*

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

*I - definir diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos;*

*II - estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos;*

*III - definir, com clareza, os critérios para a fixação dos preços dos produtos novos e novas apresentações de medicamentos, nos termos do art. 7º;*

*IV - decidir pela exclusão de grupos, classes, subclasses de medicamentos e produtos farmacêuticos da incidência de critérios de estabelecimento ou ajuste de preços, bem como decidir pela eventual reinclusão de grupos, classes, subclasses de medicamentos e produtos farmacêuticos à incidência de critérios de determinação ou ajuste de preços, nos termos desta Lei;*

*V - estabelecer critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, inclusive das margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;*

*VI - coordenar ações dos órgãos componentes da CMED voltadas à implementação dos objetivos previstos no art. 5º;*

*VII - sugerir a adoção, pelos órgãos competentes, de diretrizes e procedimentos voltados à implementação da política de acesso a medicamentos;*

*VIII - propor a adoção de legislações e regulamentações referentes à regulação econômica do mercado de medicamentos;*

*IX - opinar sobre regulamentações que envolvam tributação de medicamentos;*

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

*XI - sugerir a celebração de acordos e convênios internacionais relativos ao setor de medicamentos;*

*XII - monitorar, para os fins desta Lei, o mercado de medicamentos, podendo, para tanto, requisitar informações sobre produção, insumos, matérias-primas, vendas e quaisquer outros dados que julgar necessários ao exercício desta competência, em poder de pessoas de direito público ou privado;*

*XIII - zelar pela proteção dos interesses do consumidor de medicamentos;*

*XIV - decidir sobre a aplicação de penalidades previstas nesta Lei e, relativamente ao mercado de medicamentos, aquelas previstas na [Lei nº8.078, de 11 de setembro de 1990](#), sem prejuízo das competências dos demais órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor;*

*XV - elaborar seu regimento interno.*

*(....)”*

O Superior Tribunal de Justiça assentou que, 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; e que, em princípio, estabelecendo “a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED os critérios para obtenção dos valores correspondentes ao Preço Máximo ao Consumidor, esse 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).*

Embora seja lícito o estabelecimento do preço fixado pela CMED como base de cálculo do ICMS, no entanto, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida, não é possível a utilização de tal critério, sob pena de o ente tributante ser obrigado a devolver a diferença do ICMS recolhido a maior, conforme a tese jurídica fixada no RE 593.849/MG, no regime da repercussão geral, com o seguinte teor:

*"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".*

Por outro lado, incumbe ao contribuinte o ônus de *"comprovar a discrepância entre o base de cálculo "presumida" e a efetiva."* (REsp 1519034/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 16/11/2017).

A propósito, destaco os seguintes precedentes:

*"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.*

(...)

*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, esse 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, conseqüentemente, 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 1519034/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 16/11/2017).

“TRIBUTÁRIO. ICMS. MEDICAMENTOS. BASE DE CÁLCULO. PREÇO DE VENDA. CÂMARA DE REGULAÇÃO DE MEDICAMENTOS (CMED).

1. Hipótese em que o Estado adotou os preços para venda de medicamentos fixados pela Câmara de Regulação de Medicamentos (CMED) a fim de estabelecer a base de cálculo do ICMS na sistemática de substituição tributária.

2. "Os arts. 4o., § 1o. e 6o., II da Lei 10.742/03, bem como os arts. 6o., 7o., e 8o. da Resolução CMED 04/2004 (vigente à época) autorizam a CMED a fixar, ano a ano, o Preço Máximo ao Consumidor (PMC) dos medicamentos, que deverá ser observado pelo comércio varejista, valendo-se este, inclusive, de publicação específica para o mercado do produto, que possibilite dar publicidade aos preços praticados pelos produtores, como a revista ABCFARMA, permitindo, assim, que o Fisco, amparado pelo art. 8o., § 2o. da LC 87/96, lance mão desses preços na apuração do ICMS devido na substituição tributária progressiva. Precedentes: RMS 20.381/SE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU 03.08.2006, p. 203, e RMS 21.844/SE, Rel. Min.

FRANCISCO FALCÃO, DJU 01.02.2007, p. 392" (AgRg no AgRg no AREsp 350.678/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 19.3.2014).

3. Agravo Regimental não provido.”(AgRg no AgRg no AREsp 468.213/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 30/03/2015)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO DO PREÇO MÁXIMO AO CONSUMIDOR (PMC) ESTABELECIDO PELA CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS (CMED). NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, PARA ANÁLISE DAS DEMAIS CAUSAS DE PEDIR DE ANULAÇÃO DO DÉBITO FISCAL.

(...)

2. "[O]s arts. 4o., § 1o. e 6o., II da Lei 10.742/03, bem como os arts. 6o., 7o., e 8o. da Resolução CMED 04/2004 (vigente à época) autorizam a CMED a fixar, ano a ano, o Preço Máximo ao Consumidor (PMC) dos medicamentos, que deverá ser observado pelo comércio varejista, valendo-se este, inclusive, de publicação específica para o mercado do produto, que possibilite dar publicidade aos preços

*praticados pelos produtores, como a revista ABCFARMA, permitindo, assim, que o Fisco, amparado pelo art. 8o., § 2o. da LC 87/96, lance mão desses preços na apuração do ICMS devido na substituição tributária progressiva. Precedentes: RMS 20.381/SE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU 03.08.2006, p. 203, e RMS 21.844/SE, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJU 01.02.2007, p. 392" (AgRg no AgRg no AREsp 350.678/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 19/03/2014).*

(...)

*4. Agravo regimental parcialmente provido." (AgRg no AREsp 475.377/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 08/05/2014).*

É cediço que mandado de segurança previsto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, com procedimento regulado pela Lei nº 12.016/2009, é ação de natureza sumária, indicada para a proteção de direito líquido e certo, o qual deve ser comprovado de plano, ou seja, não há dilação probatória.

No caso em apreço, o impetrante não se desincumbiu do ônus de demonstrar que a base de cálculo do ICMS, calculada mediante a utilização da tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, é superior ao preço efetivamente praticado no mercado, daí porque não lhe assiste o direito de recolher o tributo na forma pretendida, aliás, conforme ressaltado na r. sentença:

*“Assim, como é a hipótese sob análise, a impetrante não colacionou prova pré-constituída dos recolhimentos feitos à maior, omitindo-se com relação ao requisito de prova pré-constituída do writ.*

*Sendo assim, e de forma mais específica, significa que, em um primeiro momento, não há como considerar a extrapolação dos limites ao poder de tributar quando a parte impetrante não demonstra, quando da impetração do mandamus, de maneira cabal e estrita, que houve, efetivamente, o recolhimento a maior do tributo, com a prova da efetiva diferença entre o montante presumido do fato gerador e o que, de fato, se deu no mundo concreto, não tendo sido tal diferença repassada para o próximo da cadeia.*

(...)

*Lado outro, e de igual forma, não há que se falar em direito líquido e certo à restituição pretendida, já que sequer há demonstração mínima de pagamento a maior.”*

A respeitável sentença é irreprochável.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso.

É como voto.

**A Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI - 2º Vogal**  
Com o relator

**DECISÃO**

CONHECIDO. DESPROVIDO. UNÂNIME.