



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1007888-61.2017.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Repetição de indébito**
 Requerente: **FLAY COMERCIO DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA**
 Requerido: **"Fazenda Pública do Estado de São Paulo"**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Gabriela Müller Carioba Attanasio**

Vistos.

Cuida-se de Ação Declaratória, cumulada com pedido de Restituição/Apropriação de Crédito, com pedido de tutela provisória, ajuizada por **FLAY COMERCIO DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA**, em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, alegando que, para efeito de recolhimento de ICMS, se enquadra na sistemática da substituição "para frente", na medida em que é atribuída, à indústria fabricante, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes, sendo o imposto cobrado por um valor presumido, que normalmente é superior ao preço de venda efetivamente realizado, o que deveria lhe proporcionar restituição do valor pago a mais. Ocorre que não há, na legislação estadual, regulamentação autorizando a restituição ou compensação do ICMS pago a mais sobre a venda de veículos novos, razão pela qual se socorre do Judiciário, para exercer o seu direito, com base no atual entendimento do E. STF, em decisão sujeita ao regime de repercussão geral (Tema 201), de lançar, em sua escrita fiscal e efetivamente aproveitar os créditos de ICMS pagos a maior, descritos na tabela anexa, atualizados pela SELIC, sobre valores retidos após o dia 20/10/16, diante da modulação dos efeitos feita pela Corte Superior. Pleiteou, ainda, em sede de tutela provisória, autorização para lançar sobre os fatos geradores futuros sua escrita fiscal e utilizar-se do crédito proveniente da diferença do ICMS pago a mais.

Foi indeferida a tutela antecipada.

A requerida apresentou contestação na qual aduz que a restituição só é devida nas hipóteses de não ocorrência do fato gerador presumido e que ajuizou a ADI 2777, por entender que o artigo 66-B da Lei 6.374/89, na redação do artigo 3º, da Lei 9.176/95,


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

infringiu os princípios federativos e tributários instalados na Constituição Federal, sendo que, em 17 de maio de 2010, o Supremo Tribunal Federal deliberou sobrestar o julgamento da mencionada ADI, até o julgamento final do RE 593.849/MG e, em 19 de outubro de 2016, a ADI foi julgada improcedente, não tendo havido ainda a publicação do Acórdão, nem se sabendo se houve modulação dos efeitos dessa decisão, não se conhecendo, portanto, seu conteúdo e alcance.

Sustenta, também, que alterou a legislação questionada na ADI, tendo o inciso II do art. 1º da Lei 13.291/2008, acrescentado o § 3º ao art. 66-B da Lei 6.374/89 e que, ao que parece, a decisão do STF não dispõe sobre correção monetária. Argumenta, ainda, que se o legislador constituinte assegurou a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido, o fato gerador que se realize em menor escala não pode ser equiparado à não realização do fato gerador e que, se quisesse dizer fato gerador realizado a menor, o teria dito de maneira explícita, não cabendo ao Judiciário, sob o argumento de interpretação extensiva, legislar ou dizer o que o legislador não disse.

Aduz, ainda, que a conta escritural é meio de instrumentalização do princípio da não cumulatividade e não pode ser utilizada como modalidade de restituição de indébito, sendo incabível a correção monetária de créditos de ICMS, ainda que lançados a destempo, conforme remansosa jurisprudência da Suprema Corte.

Houve réplica.

É o relatório.

Passo a fundamentar e decidir.

O pedido merece acolhimento.

Em que pese os argumentos fazendários, o tema 201 do STF, de relatoria do Ministro Edison Fachin, por ela mencionado não foi julgado a seu favor. No julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 593.849 (Tema 201) e da ADI 2777 pelo STF, tem-se a seguinte ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da 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”. (sublinhei) 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. 3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 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. De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento. Na ocasião, o Ministro Fachin ressaltou que “uma interpretação restritiva do §7º do artigo 150 da Carta Constitucional, para fins de legitimar a não restituição do excesso, representaria injustiça fiscal inaceitável em um Estado Democrático de Direito, fundado em legítimas expectativas emanadas de uma relação de confiança e justeza entre Fisco e Contribuinte” (voto, p. 15).

Ainda, propôs a seguinte redação para o Tema 225: “De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição Federal, há o direito à restituição do imposto pago


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

antecipadamente sempre que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente, o que se dá nas hipóteses em que o fato gerador definitivo se realiza de forma distinta daquela tributada na etapa inicial do ciclo produtivo”, com alteração parcial do entendimento seguido na ADI 1851.

Vê-se, então, que a questão foi decidida sob a sistemática da repercussão geral e que, na modulação de efeitos se consignou que o precedente elaborado deveria orientar todos os litígios judiciais pendentes e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido, realizada após a fixação do precedente, tendo em conta o necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados membros, atingindo, portanto, todos os Estados da Federação (fls. 727).

Deste modo, adotando as razões de entendimento superior, julgo o processo, com resolução do mérito e **procedente** o pedido, para garantir à autora, a partir da data do julgamento proferido pelo C. STF, ou seja, após 20/10/16, o direito à restituição e/ou compensação do ICMS pago a maior, sendo autorizada a efetivá-lo (administrativamente), através de lançamento do crédito em sua escrita fiscal, sempre que comprovado o excesso de tributação, ou seja, sempre que a base de cálculo presumida/arbitrada for superior ao valor real da venda do produto, feita por ela, sendo que os recolhimentos indevidos, feitos a maior, até a presente data, para fins de compensação ou restituição, deverão ser corrigidos, desde a data do recolhimento a maior, na forma da Lei nº 11.960/2009, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a contar do trânsito em julgado, conforme artigo 167 do CTN.

Condeno o Estado ao pagamento das despesas de reembolso, bem como dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

P I

São Carlos, 07 de novembro de 2017.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**