



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

SENTENÇA

Processo nº: **1005320-73.2018.8.26.0037**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança - Extinção do Crédito Tributário**
 Impetrante: **Big Mart Centro de Compras Ltda.**
 Impetrado: **Delegado Regional Tributário de Araraquara - Drt 15**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **João Baptista Galhardo Júnior**

Vistos.

Big Mart Centro de Compras Ltda., qualificado(a)(s) nos autos, ajuizou(aram) a presente ação de Mandado de Segurança - Extinção do Crédito Tributário, em face da(s) parte(s) requerida(s) Delegado Regional Tributário de Araraquara - Drt 15. Sustenta, em síntese, que é comerciante varejista sujeito ao recolhimento do ICMS na modalidade substituição tributária, promovendo o recolhimento do imposto antes da concretização do fato gerador, utilizando-se do preço final presumido da mercadoria. Ocorre que, em diversas ocasiões, esse preço final presumido é superior ao efetivamente praticado na operação de venda, de modo que o imposto cobrado torna-se superior ao realmente devido. A legislação paulista permite a restituição desde que estabelecida por pauta fiscal, ou seja, pela própria Administração Pública. Objetiva com o mandado de segurança, portanto, o afastamento desta limitação, ou seja, o ressarcimento mesmo na hipótese da fixação da base de cálculo estimada não advir de pauta fiscal, pois tal restrição contradiz o ordenamento jurídico. Aponta a desnecessidade da juntada de documentos fiscais que comprovem os recolhimentos dos tributos, pois o pagamento é notório. Diz que a regulamentação do ICMS-ST no Estado de São Paulo já autoriza a restituição no caso do preço final ao consumidor ter sido inferior àquele previsto quando do recolhimento pelo contribuinte substituto, mas esta restituição está indevidamente condicionada à autorização ou fixação da base de cálculo estimada pela Autoridade Competente. Pediu liminar para que seja autorizado, desde já, a creditar, em suas escriturações fiscais, os valores decorrentes das diferenças entre a base de cálculo presumida e a efetiva em relação ao ICMS-ST, quando o valor de venda efetivo for inferior ao presumido, mesmo que tal base



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

de cálculo não tenha sido definida por pauta fiscal, isto em relação às operações ocorridas após 27 de outubro de 2016 (data de publicação da ata de julgamento do RE 593.849/MG), ou, sucessivamente, relativamente às operações posteriores à distribuição deste MS. Com a inicial de fls. 01/19 vieram os documentos de fls. 20/51.

A liminar foi indeferida (fl. 62).

Notificado, o impetrado apresentou as informações de fls. 80/91 e 93/103, nas quais sustenta, resumidamente, a inexistência de ato coator, além de se tratar de pedido indeterminado, inexistindo demonstração de que a base de cálculo fosse superior ao preço de venda. Não foram juntados documentos comprobatórios do suposto direito líquido e certo para concessão da ordem. Diz também ser parte ilegítima para figurar no polo passivo, pois não há provas de que haja ato ilegal por ele praticado. No mérito, aduz que a Constituição Federal, no artigo 150, § 7º, prevê a restituição do imposto pago antecipadamente em razão da substituição tributária, mas apenas na hipótese de não realização do fato gerador presumido, que não é a situação em comento.

O Ministério Público abdicou de seu interesse na ação (fls. 118).

É o Relatório.

Fundamento e Decido.

A preliminar invocada pelo impetrado, atinente à ilegitimidade passiva, confunde-se com o mérito, e como tal será apreciada.

A ordem deve ser parcialmente concedida.

Trata-se mandado de segurança no qual a impetrante pretende obter ordem judicial para utilizar de créditos decorrentes da diferença entre a base de cálculo de ICMS da forma presumida e da forma efetivada.

O objeto da ação, portanto, é o comando judicial e não o aproveitamento de determinados créditos, o que se fará posteriormente, de acordo com a demonstração do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

crédito perante a autoridade coatora.

Assim, não há falar em ausência de prova dos créditos, pois a impetração tem natureza preventiva, qual seja, a autorização para utilizar os créditos decorrentes da diferença entre o ICMS recolhido com base no valor presumido e o que deveria ser recolhido com base no valor real do bem.

Pois bem.

Conforme se nota às fls.140/268, o STF alterou parcialmente seu posicionamento antes adotado, assentando, no julgamento do RE 593.849/MG, a tese de 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 a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”*.

E a legislação do Estado de São Paulo permite a restituição do ICMS recolhido a maior, nos casos de substituição tributária, quando a mercadoria é vendida por preço inferior àquele que estabeleceu a base de cálculo presumida (art. 66-B, II, da Lei 6.374/89), conforme se observa:

“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 a 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.

§ 3º - O disposto no inciso II do "caput" deste artigo aplica-se apenas na hipótese de a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária ter sido fixada nos termos do "caput" do artigo 28”.

Ocorre que o inciso II do referido artigo legal foi objeto de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI nº 2777/SP), por violação ao texto do art. 150,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

§7º, da Constituição Federal. Porém, no mesmo julgamento do RE nº 593.849/MG, o STF julgou tal ADI improcedente.

A questão está pacificada diante do julgamento do Tema nº 201, do Colendo STF, porquanto, naquele Tribunal, alterou-se o precedente firmado na ADI 1.851, com fixação da tese jurídica ao referido tema "*É devida a restituição da diferença 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*".

Assim, não há como afastar o direito líquido e certo reconhecido pela Corte Suprema, quanto à restituição da quantia cobrada a maior do sujeito passivo da obrigação tributária, nos casos em que a base de cálculo efetiva se mostrar inferior à presumida.

Ressalte-se que a concessão do benefício deve observar as exigências administrativas, como a comprovação do recolhimento de que a venda se deu por valor inferior.

Não se nega, portanto, a existência do direito à restituição, no entanto, não há óbices a que o Estado estabeleça as condições para que o contribuinte exerça o direito de restituir-se do valor exato que efetivamente pagou a maior. Noutro dizer, para que seja possível saber o quantum correto recolhido a maior é razoável exigir-se que a autoridade tributária examine os respectivos documentos fiscais.

A respeito do tema, já julgou a E. 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

RETRATAÇÃO MANDADO DE SEGURANÇA ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RECOLHIMENTO A MAIOR Pretensão da impetrante de que lhe seja concedido o direito de ser ressarcido dos valores pagos a maior a título de ICMS, sem as restrições preconizadas pelos Decretos nºs 41.653/97 e 43.653/99, bem como pela Portaria CAT 17/99, alegando ofensa ao art. 150, §7º, da C.F. - Devolução à Turma Julgadora para adequação ou manutenção da decisão nos termos do artigo 1.030, II, do CPC, diante do julgamento do mérito dos RE 593.849/MG TEMA 201, sedimentou o direito do contribuinte à restituição do imposto pago a maior no regime de substituição tributária, em caso de não ocorrência do fato gerador presumido ou quando o valor da operação for inferior à presumida Regime de substituição tributária para frente que encontra respaldo no texto constitucional (art. 150, §7º, da CF/88) e na legislação do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

Estado de São Paulo (Lei Estadual nº 9.176/1995 e Lei Estadual nº 6.347/89) - Exigência infraconstitucional de verificação da documentação fiscal que não caracteriza ofensa ao primado constitucional - Concessão parcial da segurança que se impõe Precedentes do E. STF e deste E. Sodalício - Retratação acolhida para conceder parcialmente a segurança, dando provimento parcial ao apelo fazendário e negando provimento ao apelo da impetrante autora, nos termos da fundamentação (Apelação Cível nº 9134711-52.2001.8.26.0000, rel. Rebouças de Carvalho, j. 28.02.2018).

Em outras palavras, tem a impetrante o direito de utilizar dos créditos decorrentes da diferença entre a base de cálculo presumida e realmente efetivada, contudo, deverá observar os tramites legais e regulamentares para tanto.

Isto posto, **CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM**, para que a impetrante **Big Mart Centro de Compras Ltda** possa utilizar de seus créditos de ICMS decorrentes da diferença entre a base de calculo presumida e a realmente efetivada (valor real da venda), devidamente observados os tramites administrativos regulamentares.

Custas pelo órgão público, que está isento dos honorários advocatícios, ao teor da Súmula 105 do S.T.J e art. 25 da Lei 12.016/2009.

Oficie-se à autoridade coatora, cientificando-a do teor desta decisão.

Sentença sujeita a reexame necessário (art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009).

Publique-se. Intimem-se.

Araraquara, 03 de agosto de 2018.

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