



**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: **1003817-53.2018.8.26.0510**  
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança - Anulação de Débito Fiscal**  
 Impetrante: **São Paulo Minas Comércio Derivados de Petróleo**  
 Impetrado: **Delegado Regional Tributário em Araraquara - SP ( DRT-15 )**

Juiz de Direito: Dr. **João Baptista Galhardo Júnior**

Vistos.

**SÃO PAULO MINAS COMÉRCIO DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA**, qualificado nos autos, impetrou o presente mandado de segurança contra o **DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE ARARAQUARA – DRT 15**, afirmando que se sujeita ao recolhimento de ICMS pelo regime de substituição tributária, na condição de substituído, pelas operações mercantis realizadas com as distribuidoras envolvendo derivados de petróleo e álcool etílico. Alegou que a refinadora e a distribuidora ao realizarem vendas de combustíveis à impetrante utilizam como base de cálculo para retenção do ICMS um valor presumido, pré-fixado e em virtude da base de cálculo utilizada o valor de ICMS-ST retido é superior ao real ICMS devido, uma vez que a impetrante pratica ao consumidor final um preço inferior à base de cálculo presumida para incidência do ICMS-ST, fato que enseja a restituição. Pleiteou em tutela antecipada para autorização para proceder ao lançamento em sua escrita fiscal dos créditos de ICMS na modalidade substituição recolhidos/pagos a maior sempre que apurar a efetiva venda de combustíveis por preço inferior ao incidente sobre a base de cálculo presumida, bem como para autorizar a transferência de tais créditos por meio de compensação, transferência aos contribuintes substituto ou terceiros, impedindo a Autoridade Coatora de realizar atos de lançamento e cobrança nas operações que venham a ocorrer no curso desta demanda e, ao final, a concessão da ordem declarando-se a existência de direito líquido de certo de a impetrante se ressarcir dos valores indevidamente recolhidos a maior a título de ICMS-ST nas vendas combustíveis por preço inferior ao sugerido por ato de autoridade (PMC) ou por índice de valor agregado (IVA) em todas as operações futuras, dos últimos 5 anos anteriores ao ajuizamento desta ação, bem como aqueles recolhidos no curso do âmbito



**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

administrativo por meio de lançamento do crédito em sua escrita fiscal, após transferido ao contribuinte substituto, ou ainda, transferência a terceiros, resguardados seus direitos jurisdicionais. Com a inicial vieram os documentos.

A liminar foi indeferida e determinada a notificação do impetrado.

Notificada a autoridade coatora, prestou suas informações. A Fazenda Pública do Estado de São Paulo interveio como assistente litisconsorcial.

Ao final o representante do Ministério Público declinou de sua intervenção.

**É O RELATÓRIO.**

**FUNDAMENTO E DECIDO.**

A ordem deve ser concedida, porém, parcialmente.

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 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.



**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

Pois bem.

Conforme se nota às fls. 243/372, 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 de lei foi objeto de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI nº 2777/SP), por violação ao texto do art. 150, §7º, da Constituição Federal. Porém, no mesmo julgamento do RE nº 593.849/MG, o STF julgou tal ADI improcedente.



**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

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.

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.

Nesse sentido:

**"TRIBUTÁRIO. ICMS. Substituição tributária. Inconstitucionalidade do § 3º, art. 66-B, da Lei Estadual 6.374/89, que restringiu a possibilidade de restituição em razão de operação que se realiza com valor inferior ao presumido. Restrição contrária a precedente em repercussão geral RE 593.849 - Tema 201 do STF. É devida a restituição da diferença do ICMS pago a maior no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida, devendo o contribuinte se sujeitar a prévio procedimento administrativo visando comprovar o crédito, mediante requerimento. Sentença mantida. Recurso não provido"** (TJSP; Apelação 1014284-41.2017.8.26.0053; Relator (a): Coimbra Schmidt; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/09/2018; Data de Registro: 14/09/2018).

Ante o exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA EM PARTE**, para que a impetrante possa utilizar seus créditos decorrentes da diferença entre a base de cálculo presumida e a realmente efetivada, devidamente observados os tramites legais e regulamentares, a partir do trânsito em julgado da sentença.

Com relação a restituição do valores referentes aos 5 últimos anos, descabe condenar a FESP, pois além de incabível tal devolução em sede de mandado de segurança, será necessária a apuração por meio de procedimento



**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

administrativo dos valores a serem restituídos. Caberá, pois, ação de regresso, caso a impetrante não obtenha o direito de crédito de forma administrativa.

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).

P.R.I.

Araraquara, 01 de outubro de 2018.

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