

NÉLSON MONTEIRO JÚNIOR
VANIR SANTOS FREIRE
JULIANA ROBERTA INABE RAMOS
RICARDO RODRIGUES DE MIRANDA

RICARDO BOTÓS DA SILVA NEVES
KÁTIA MOURA AUGUSTO
MARCELLE DE ANDRADE LOMBARDI
BRUNO ALBERTO SILVA AMARAL

RODRIGO HELFSTEIN
TATIANA VITALLI PACHECO
CLEBER LUIZ MORENO PEREIRA

EDUARDO DUARTE FREITAS
LUIS HENRIQUE LOPES PEREIRA
RICARDO DE CARVALHO SANTOS

LEONARDO FURLANETO
JULIANA CIUPKA RAMOS
JADERSON LOIOLA DE SENA

CONSULTORES JURÍDICOS

PROF. DR. BERNARDO RIBEIRO DE MORAES
PROF. DR. FREDERICO DA COSTA C. NETO

**EXCELENTÍSSMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

., já qualificada nos autos do Processo em epígrafe, não se conformando, *data maxima venia*, com a r. decisão de fls., que inadmitiu o Recurso Especial, vem, por seu advogado que a presente subscreve, respeitosa e tempestivamente, perante Vossa Excelência, interpor o presente

**AGRAVO DE INSTRUMENTO
em face de despacho denegatório de Recurso Especial**

com fundamento nos artigos 544 do Código de Processo Civil e 253 do regimento Interno do E. STJ e 892 do Regimento Interno dessa N. Corte, pelas razões de fato e direito a seguir aduzidas.

Outrossim, requer seu regular recebimento e processamento para posterior remessa dos autos ao A. Superior Tribunal de Justiça.

Finalmente, em cumprimento ao art. 544, §1º do CPC, requer a juntada da cópia integral do Processo nº 333.948.5, eis que necessária à instrução do presente recurso, declarada autêntica pelo seu patrono.

A. deferimento.

São Paulo, 28 de outubro de 2008.

Rodrigo Helfstein
OAB/SP 174.047

Tribunal “a quo”: E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Egrégio Tribunal,
Colenda Turma,

I – DO RECURSO ESPECIAL

Inobstante o conhecimento jurídico dos Ilustres integrantes da C. 4ª Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Agravante, inconformada com o v. acórdão de fls., interpôs Recurso Especial, com fulcro nas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, onde logrou demonstrar os motivos pelos quais não merece prevalecer o v. acórdão prolatado pelo E. Tribunal de Justiça, que deu provimento à Remessa Oficial e ao Recurso da ora Agravada, denegando a segurança pleiteada, por entender que o art. 150, § 7º, da CF, assegura a restituição da quantia paga somente nos casos de não realização do fato gerador, bem como sustentou que o contribuinte deve sujeitar-se às normas estaduais que disciplinam a matéria para obter do Fisco eventual atendimento.

Todavia, o Exmo. Desembargador Presidente da Seção de Direito Público do E. Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu não admitir o Recurso Especial, entendendo, em síntese, que:

“(…), os argumentos expendidos não são suficientes para infirmar a conclusão do v. aresto combatido que contém fundamentação adequada para lhe dar respaldo. Tampouco restou evidenciado qualquer maltrato a normas legais ou divergência jurisprudencial, não sendo atendida qualquer das hipóteses das alíneas “a”, “b” e “c” do permissivo constitucional.”

Com a devida vênia, em que pese os argumentos expostos na r. decisão monocrática acima descrita, a mesma não merece prosperar, devendo o Recurso Especial ser conhecido para julgamento perante este A. Superior Tribunal de Justiça.

II - SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de Mandado de Segurança, por meio do qual a ora Agravante visa, em resumo, suspender a exigibilidade do quanto disposto na Portaria CAT nº 17 e artigo 270, do RICMS/2000, no que tange à apresentação de notas fiscais de saída para a restituição dos valores retidos a título de ICMS na parcela da substituição tributária, utilizando-se, no lugar destas, para efeito de comprovação, o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC).

O MM. Juiz Monocrático concedeu a segurança, julgando procedente a ação.

Interposto Recurso de Apelação pela ora Agravada, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prolatou v. acórdão que deu provimento à Remessa Oficial e ao referido Recurso, para denegar a segurança pleiteada, por entender que o art. 150, § 7º, da CF, assegura a restituição da quantia paga somente nos casos de não realização do fato gerador, bem como sustentou que o contribuinte deve sujeitar-se às normas estaduais que disciplinam a matéria para obter do Fisco eventual atendimento.

Ante às patentes contradição, obscuridade e omissão constante no v. acórdão prolatado pelo E. Tribunal de Justiça quanto à falta de análise da violação do princípio da isonomia, e também quanto ao verdadeiro objeto do *mandamus*, qual seja o respeito ao § 7º, do art. 150, da CF, bem como com o escopo de se prequestionar a matéria a ser recorrida em sede especial e extraordinária perante os Tribunais Superiores, a ora Agravante opôs Embargos de Declaração.

Contudo, tais Embargos foram rejeitados, sob a alegação de que pretendiam obter caráter infringente.

Ato contínuo, diante da (i) negativa de vigência à Lei Federal (artigo 10 da Lei Complementar nº 87/96 e artigos 165, 458 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil); (ii) da suposta validade de ato de governo local (Lei Estadual 6.374/89 – art. 66-B) em detrimento de Lei Federal (Código Tributário Nacional – artigos 118 e 126); e (iii) da divergência de interpretação da Lei Federal entre os Tribunais, a Agravante apresentou Recurso Especial.

No entanto, o Exmo. Desembargador Presidente da Seção de Direito Público do E. Tribunal de Justiça de São Paulo não admitiu o referido recurso, sob alegação de que não haveria argumentos suficientes para infirmar a

conclusão do v. aresto combatido, bem como não haveria qualquer maltrato a normas legais ou divergência jurisprudencial, não cabendo o manejo do Apelo Especial.

Todavia, tal alegação não merece prosperar, devendo ser conhecido o Recurso Especial interposto pela ora Agravante, para julgamento por este E. Tribunal, conforme as razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

III – DO CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

III.1 - Do Cabimento Pela Alínea "a", "b" e "c" do Permissivo Constitucional

Primeiramente, cumpre esclarecer que, julgando o mérito do Recurso Especial, a r. decisão agravada entendeu que *“os argumentos expendidos não são suficientes para infirmar a conclusão do v. aresto combatido que contém fundamentação adequada para lhe dar respaldo”*.

Ocorre que, com a devida vênia, tal julgamento é relativo ao mérito recursal e somente poderia ter sido analisado por esta C. Corte, sob pena de usurpação de competência da instância superior.

Com efeito, o juízo de admissibilidade realizado pelo Tribunal *a quo* deve limitar-se à análise dos requisitos formais do Recurso, quais sejam: comprovação de violação à lei federal, da divergência jurisprudencial, o cotejo analítico do dissídio jurisprudencial, a tempestividade do Recurso, o recolhimento de custas, o prequestionamento, dentre outros.

Ao adentrar ao mérito do Recurso, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo extrapolou o âmbito do juízo de admissibilidade e impediu indevidamente o acesso da Agravante à Superior Instância, em total desrespeito ao princípio constitucional da ampla defesa previsto no artigo 5º, inciso LV, da CF.

Assim, o Recurso Especial, com a devida vênia, jamais poderia ter seu seguimento negado, sob a alegação de que o v. acórdão *“contém fundamentação adequada para lhe dar respaldo”*.

Por outro lado, a afirmação da r. decisão agravada de que não haveria restado “*evidenciado qualquer maltrato a normas legais ou divergência jurisprudencial*”, também, não merece prevalecer. Veja-se.

A Constituição Federal, em seu artigo 105, inciso III, prevê o cabimento do Recurso Especial quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O Recurso Especial, ora em debate, teve cabimento pela alínea “a” do permissivo constitucional, uma vez que o v. acórdão de fls., ao rejeitar os Embargos de Declaração opostos pela ora Agravante, violou os artigos 165, 458 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil, bem como, ao entender que o contribuinte deve sujeitar-se às normas estaduais que disciplinam a matéria ora debatida, o v. acórdão violou artigo 10 da Lei Complementar nº 87/96.

Primeiramente, frise-se que o v. acórdão de fls. não se manifestou expressamente quanto à violação do princípio da isonomia, e também quanto ao verdadeiro objeto do *mandamus*, qual seja o respeito ao § 7º, do art. 150, da CF e ao artigo 10 da LC 87/96.

Em razão dessa omissão, a Agravante opôs Embargos de Declaração, a fim de viabilizar o indispensável prequestionamento autorizador do acesso a essa C. Corte.

No entanto, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo rejeitou os Embargos de Declaração opostos pela Agravante, sob o argumento de que a Agravante pretendia infringir o julgado.

Sob pena de negativa de prestação jurisdicional (por recusar-se ao prequestionamento autorizador do acesso às instâncias extraordinárias, quando a Agravante se desincumbiu de todos os ônus que lhe cometiam), deveria o E. Tribunal de Justiça de São Paulo declinar os motivos pelos quais entendia que esses preceitos legais e constitucionais não teriam sido violados.

Não tendo assim procedido, incorreu em verdadeira negativa de prestação jurisdicional, violando os artigos 165, 458 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil.

Portanto, a Agravante requereu a anulação do v. acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração pelo Tribunal “a quo”, para que outro julgamento fosse efetuado, suprindo-se as omissões apontadas.

Importante salientar, ainda que, quanto ao mérito, o v. acórdão contrariou o artigo 10 da Lei Complementar nº 87/96, pois entendeu que, em matéria de substituição tributária, a imediata e preferencial restituição da quantia paga somente pode ser assegurada nos casos de não realização do fato gerador presumido. Enquanto que referido artigo demonstra claramente a intenção do legislador em assegurar ao contribuinte substituído o direito de que o imposto recolhido antecipadamente não seja superior ao realmente devido.

Quanto à alínea “b” do permissivo constitucional, o Recurso Especial, ora em debate, tem cabimento, uma vez que o v. acórdão de fls. julgou válida Lei Local (Lei Estadual 6.374/89 – art. 66-B) em detrimento de Lei Federal (Código Tributário Nacional - artigos 118 e 126), que persegue o postulado da isonomia tributária.

O presente Recurso Especial também atende à hipótese prevista na letra “c” do permissivo constitucional, haja vista que o v. acórdão recorrido divergiu da interpretação aplicada por esse C. STJ nos v. acórdãos prolatados no Resp nº 259.087/MG e ROMS nº 14.615/RJ. Veja-se:

Acórdão recorrido	Resp nº 259.087/MG	ROMS nº 14.615/RJ
<i>“(…) o art. 150, §7º, da Constituição Federal, ao estabelecer que a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga <u>somente nos casos de não realização do fato gerador presumido.</u>”</i>	<i>“De fato, o art. 10, da Lei Complementar nº 87/96, dispõe (...). A norma acima ao complementar o dispositivo constitucional, conferiu ao contribuinte substituído, o direito à <u>restituição do imposto recolhido a maior de forma imediata e preferencial.</u>”</i>	<i>“Dou provimento ao Recurso Ordinário para conceder a segurança, nos termos do pedido, isto é, para permitir à impetrante que restitua <u>os valores do ICMS que pagou a mais, em face do regime de substituição tributária adotado, do que o realmente devido quando da ocorrência do fato gerador, tudo sujeito à fiscalização “a posteriori” do fisco.</u>”</i>

Veja-se que, diferentemente do acórdão paradigma, este C. STJ entendeu que deve haver a restituição do ICMS pago por substituição tributária, nos termos do art. 10 da LC 87/96, quando a operação realizar-se por valor inferior ao anteriormente presumido.

Assim, pelas alíneas “a”, “b” e “c” do permissivo constitucional, o Recurso Especial apresenta-se plenamente cabível, restando improcedente o argumento do Exmo. Desembargador no sentido de que não haveria maltrato a normas legais ou divergência jurisprudencial.

Superada tal fase, passa a Agravante, em atenção ao disposto nos parágrafos 3º e 4º, do artigo 544, do CPC, a demonstrar as razões de direito que deverão levar à reforma do v. acórdão “*a quo*” e reconhecimento do direito líquido e certo pleiteado na peça inaugural.

IV – DO DIREITO

IV.1 - DA ANULAÇÃO DO V. ACÓRDÃO RECORRIDO – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 165, 458 E 535, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme já relatado, o v. acórdão não se manifestou expressamente quanto à violação do princípio da isonomia, e também quanto ao verdadeiro objeto do *mandamus*, qual seja o respeito ao § 7º, do art. 150, da CF e ao artigo 10 da LC 87/96.

Em razão disso, a Agravante opôs Embargos de Declaração a fim de viabilizar o indispensável prequestionamento autorizador do acesso a essa C. Corte.

No entanto, o E. Tribunal “*a quo*” rejeitou os Embargos de Declaração opostos pela Agravante, sob o argumento de que a Agravante pretenderia infringir o julgado.

Sob pena de negativa da prestação jurisdicional (por se recusar ao prequestionamento autorizador do acesso às instâncias especial e extraordinária, quando a Agravante se desincumbiu de todos os ônus que lhe competiam), deveria o E. Tribunal “*a quo*” declinar os motivos pelos quais entendia que esses preceitos legais e constitucionais não teriam sido violados.

Não tendo assim procedido, incorreu em verdadeira negativa de prestação jurisdicional, violando frontalmente os artigos 165, 458 e 535, II do Código de Processo Civil, porque se recusou o E. Tribunal “*a quo*” a suprir a omissão apontada no v. acórdão quando opostos os Embargos de Declaração. Nesse sentido, inclusive, é a jurisprudência desta E. Corte.¹

Portanto, estando patente a violação aos dispositivos legais citados, requer-se a anulação do v. acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração pelo Tribunal “*a quo*”, para que outro julgamento seja efetuado, analisando-se os argumentos trazidos pela Agravante.

Caso assim não se entenda, a Agravante passa a demonstrar as razões de mérito pelas quais o v. acórdão de fls. merece ser reformado.

IV.2 – DA OFENSA AO ARTIGO 10 DA LC 87/96 E DA VALIDADE APONTADA PELO V. ACÓRDÃO QUANTO À LEI PAULISTA 6374/89 – ART. 66 –B (ART. 270 DO RICMS E PORTARIA CAT Nº 17/99) EM DETRIMENTO DE PRINCÍPIO ESTABELECIDO POR LEI FEDERAL (ARTIGOS 118 C/C ARTIGO 126 DO CTN.)

Primeiramente, cumpre destacar que a matéria em questão encontra-se pendente de julgamento pelo E. Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2777/SP, cujos autos foram remetidos ao I. Ministro Carlos Britto, em 05/03/2007, para o voto de desempate.

Pois bem. No exercício de suas atividades sociais, a Agravante está condicionada, por meio de substituição tributária, à obrigação do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), de competência estadual consoante dispõe o artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, atualmente regulamentado no Estado de São Paulo pelo Decreto Estadual nº 45.429/2000 (Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo - RICMS).

Em razão do disposto nos artigos 261 e seguintes do RICMS, regulamentados pela cláusula terceira do Convênio nº 03/1999, e suas posteriores alterações, (em especial aquelas promovidas a partir dos Convênios nº

¹ "EMBARGOS DECLARATÓRIOS - Acórdão que não os responde - Nulidade (CPC, artigo 535) - É direito da parte obter comentário sobre todos os pontos levantados nos embargos declaratórios. É nulo, por ofensa ao artigo 535 do CPC, o acórdão que silencia sobre questão formulada nos embargos declaratórios." (STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, RESP nº 2.174-PR, v.u., j. 04/03/1996, in Boletim AASP nº 1976).

37/2000 e nº 48/2000), a Agravante tem o seu ICMS pago através da sistemática da substituição tributária, nos termos do parágrafo 7º, do artigo 150, da Constituição Federal de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional nº 03/1993.

Importante ressaltar que a presente demanda não tem o escopo de combater a sistemática da substituição tributária. Mas sim, visa garantir a efetividade do exercício de direito à restituição, tendo em vista as inúmeras restrições impostas pela Fazenda do Estado de São Paulo, o que restará amplamente demonstrado.

Por outro lado, frise-se que a substituição tributária *in casu*, é composta por três etapas distintas no caso em tela, quais sejam:

1ª - A Petróleo Brasileira S.A. (PETROBRÁS) detentora do monopólio do refino de gasolina e óleo diesel comercializa seus produtos para a distribuidora, RETENDO A PARCELA EQUIVALENTE AO ICMS NO MOMENTO DA VENDA PARA A DISTRIBUIDORA, utilizando “o preço de venda sugerido” como “base de cálculo presumida”.

2ª - A distribuidora vende tais produtos para o Posto Revendedor, no caso a Agravante;

3ª - O Posto Revendedor revende para o consumidor final, utilizando “o preço efetivamente praticado no mercado” na venda como “base de cálculo efetiva”, haja vista que é neste momento que se perfaz a exata base de cálculo da Hipótese de Incidência Tributária;

Com isso, verifica-se que o ICMS é retido e recolhido pela refinaria (Petrobrás). Portanto, o imposto é suportado pela Agravante anteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, utilizando-se para tanto de “base de cálculo presumida”. Contudo, em relação ao segmento da Agravante (posto de gasolina), somente no momento em que ocorre o fato jurídico (venda para o consumidor final), é que se verifica concretamente a efetiva “base de cálculo praticada no mercado”.

Sobre esta “base de cálculo praticada no mercado”, incide a alíquota do tributo, definindo o *quantum* de ICMS “realmente” devido, sendo que o valor apurado deve ser contraposto com o ICMS “pago antecipadamente por estimativa”, de maneira a aperfeiçoar a sistemática da substituição tributária.

Assim, na hipótese de haver crédito, este deverá ser restituído imediatamente e preferencialmente, nos expressos termos do art. 10, da Lei Complementar 87/96.

Entretanto, não é isso que vem ocorrendo na prática, pois a Fazenda Estadual Paulista impõe uma série de restrições ilegais criadas por mecanismos internos, que inviabilizam a restituição constitucional e legalmente prevista, o que faz com que a Agravante, que não possui escrituração de débitos e créditos de ICMS, não possa compensar por si só as entradas e saídas, ficando com crédito do tributo acumulado em sua escrita fiscal.

Para melhor elucidar a questão, insta trazer à colação as palavras do Ilmo. Des. Franciso Vicente Rossi, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“A regulamentação da matéria pelo Fisco Paulista, no entanto, acabou sendo feita ao arrepio do artigo 150, §7º, da Constituição Federal e da Lei 6.734/89, conflitando com a norma legal que lhe deu margem a existência, introduziu prévia intervenção da Administração no creditamento, fixou prazo para manifestar-se sobre a viabilidade da restituição e autorizou o parcelamento desta.

Assim, contrária à determinação constitucional da imediata e preferência, e demais normas legais já aludidas, a autoridade tributária editou regulamentação que dificultou, restringiu, buscou atrasar a restituição do que pagou a maior no recolhimento do ICMS.

A exigência do recolhimento antecipado do tributo com base em valor presumido é excepcional, muito embora proclamado constitucional pela Suprema Corte, de forma a ser razoável a obrigação de o Estado restituir imediata e preferencialmente os valores recolhidos a maior, respeitando-se a equidade.”²

Desta forma, e em razão dos prejuízos que vem sofrendo pela impossibilidade de ter o seu direito assegurado na esfera administrativa (Portaria CAT nº 17/99), não restou alternativa à Agravante senão socorrer-se do Poder Judiciário, para obter a tutela jurisdicional que assegure o direito à restituição dos valores indevidamente pagos a maior a título de ICMS, por ser esta, a única forma de impedir a violação de seu direito e o abuso praticado pelas Autoridades Administrativas na ânsia de arrecadar, sem as restrições impostas pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

Além disso, o artigo 10, da Lei Complementar 87/96, dispõe que:

² Apelação em Mandado de Segurança nº 329.530.5/6

“Art. 10 - É assegurado 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.”

Do dispositivo legal supracitado, demonstra-se claramente a intenção do legislador em assegurar ao contribuinte substituído o direito de que o imposto recolhido antecipadamente não seja superior ao realmente devido, não podendo ser distorcido este objetivo primordial da sistemática da Substituição Tributária sob pena de afronta a direitos previstos na legislação infraconstitucional, e o que é pior majorando indiretamente e “sem causa” o imposto pago, antecipadamente.

O legislador objetivou apenas adequar a Substituição Tributária a sua real finalidade, infelizmente é exatamente o contrário que vem ocorrendo no caso em tela, já que o Estado vem impossibilitando de forma “habilidosa” a restituição dos valores pagos a maior, inviabilizando o direito “constitucional” da restituição preferencial e imediata, e o que é pior, acabando por gerar indiretamente um aumento da alíquota do ICMS, visto que ao estipular uma base de cálculo fictícia e inviabilizar a restituição prevista constitucionalmente, tem-se necessariamente elevado o *quantum* arrecadado pelo Estado, em contraposição ao que seria arrecadado caso a base de cálculo utilizada fosse o real valor da operação.

Sendo a substituição tributária nada mais do que uma antecipação dos recolhimentos dos tributos das operações subseqüentes, não podemos encarar o recolhimento antecipado, como definitivo, pois se assim o fosse, desnecessário seria a referida previsão legal, até porque, trata-se de tributo cuja modalidade de lançamento dá-se por homologação, portanto sujeita a posterior re-análise por parte do Fisco.

Assim, não restam dúvidas de que o fato gerador da operação da Agravante ocorre no momento em que ela comercializa os seus produtos para o consumidor final, momento no qual apura-se o ICMS efetivamente devido, compensando os valores a maior ou a menor com os valores pagos antecipadamente, sob fato gerador “presumido”.

Com isso, a hipótese de incidência somente ocorrerá no momento da operação de comercialização realizado pela Agravante, sendo que todo

o crédito tributário deverá surgir com base nesta operação, tendo que o valor devido deve ser calculado utilizando-se a alíquota e a base de cálculo neste momento.

Frise-se que a ofensa à legislação infraconstitucional no presente caso é clara e direta, conforme até aqui explanado, já que o v. acórdão não respeitou o artigo 10, da Lei Complementar 87/96.

Corroborando tal entendimento, eis as seguintes decisões deste E. Superior Tribunal de Justiça:

“TRIBUTÁRIO – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FATO GERADOR PRESUMIDO – VENDA EFETIVADA MEDIANTE PREÇO MENOR QUE O ESTABELECIDO NA PAUTA FISCAL – DIREITO À COMPENSAÇÃO – LC 87/96, ART. 10.

- É lícito ao contribuinte substituído efetuar compensação do tributo pago a maior, em adiantamento, pelo substituto, quando à venda geratriz do tributo tenha correspondido preço inferior àquele previsto na pauta fiscal. Reserva-se ao Fisco a faculdade de rever os lançamentos simétricos de que resultou a compensação (LC 87/96, art. 10).” (ROMS nº 14.274/MT, DJ de 24/06/2002, pág. 187, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros)

“TRIBUTÁRIO – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FATO GERADOR PRESUMIDO – VENDA EFETIVADA MEDIANTE PREÇO MENOR QUE O DA PAUTA FISCAL – RESTITUIÇÃO – COMPENSAÇÃO – LC 87/96, ART. 10.

- É lícito ao contribuinte substituído recuperar, inclusive efetuando a compensação, o valor do tributo recolhido a maior, em adiantamento, pelo substituto, quando à venda geratriz do tributo tenha correspondido preço inferior àquele previsto na pauta fiscal. Reserva-se ao Fisco a faculdade de rever os lançamentos simétricos de que resultou a compensação (LC 87/96, art. 10).” (ROMS nº 13.992/RN, DJ de 24/06/2002, pág. 186, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros)

“TRIBUTÁRIO – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – LEGITIMIDADE – PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta Corte reconhece a legitimidade do substituído para a compensação dos créditos provenientes de fatos geradores não realizados, no regime de substituição tributária, após a edição da LC 87/96.

2. Falta de prequestionamento quanto ao art. 166 do CTN (Súmula 211/STJ).

3. Recurso especial não conhecido.” (Resp nº 343.577/MT, DJ de 01/07/2002, pág. 312, Relatora Ministra Eliana Calmon)

Frise-se que, de acordo com o disposto no artigo 10, da LC 87/96, descrito anteriormente, pode-se concluir que o **ressarcimento imediato e preferencial é o alicerce do regime da Substituição Tributária**. Assim, também ensina o Ilustre Mestre Mineiro, Professor Sacha Calmon Navarro Coelho, o qual preceitua;

“É necessário que a lei garanta àqueles que sofrem a tributação antecipada três ordens de providências legais:

Primus – A imediata recuperação, indexada se for o caso, do imposto que compulsoriamente o substituto lhe cobrou, no caso de não vir a realizar fato gerador suposto;

Secundus – A Compensação imediata do imposto retido a maior, se menor for o valor da operação, antes suposta;

Tertius – O direito do adquirente do substituído se contribuinte for aproveitar o crédito daquele imposto pago.” (A substituição tributária por fato gerador futuro - Emenda n. 3 à Constituição de 88, in, Repertório IOB de Jurisprudência 16/321, 1993.)

Porém, o legislador ao garantir o direito à restituição, nas palavras do Ilustre Mestre, não se resume à sua existência, havendo também a necessidade de sua operacionalidade, ou seja, a previsão de um mecanismo eficiente que realmente assegure ao contribuinte a restituição do que já recolheu indevidamente.

Este também é o entendimento de um dos maiores estudiosos sobre o tema Substituição Tributária, o I. Magistrado Venício Antônio de Paula Saller, titular da 9ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, o qual sentenciou:

*“De outra parte, necessária a efetivação dos pressupostos que o dispositivo transcrito exige. A EC 3/93, permitiu que a legislação ordinária institua substituto tributário para fatos futuros, **desde lhe seja assegurada a restituição imediata e preferencial**, quando o fato gerador não se realize.*

Assim a Legislação infraconstitucional para cumprir o preceito em questão, deve prever o caso da substituição, e ao mesmo tempo, criar mecanismos eficientes de restituição. Não pode criar esta hipótese de incidência para o futuro, sem assegurar o direito dos contribuintes. Uma coisa não pode valer sem a outra.”(Mandado de Segurança nº 583.53.2002.023168-0; 9ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo - gn)

Importante ressaltar que, diferentemente do que entendeu o v. acórdão recorrido, o que está em questão não é a sistemática da substituição tributária, mas sim que ela só poderá existir se for respeitado o disposto no artigo 10, da LC 87/96, que assegura ao contribuinte substituído a restituição dos valores recolhidos a maior pelo contribuinte substituto.

Conclui-se, portanto, que ao aplicar essa diretriz ao caso em tela, não se observa um mecanismo eficiente de restituição preferencial e imediata, pelo contrário, a Fazenda Estadual inviabiliza o direito

a restituição no caso concreto através de expedientes internos, ato imoral e inaceitável, em direto confronto com a Lei Complementar 87/96, pois o Fisco Paulista cria barreiras intransponíveis para obtenção do resultado prático.

Não obstante a previsão explícita, por parte do RICMS em vigor, bem como pela Portaria CAT nº 17/99, da possibilidade de ressarcimento de imposto recolhido a maior, via substituição tributária, a Secretaria da Fazenda impõe ao contribuinte que pretende ser ressarcido, exigências que não podem ser aplicadas a este tipo de estabelecimento comercial, por total afronta à isonomia tributária.

Estas exigências consistem na apresentação da relação das notas fiscais de saída de combustíveis, não aceitando a utilização do LMC – Livro de Movimentação de Combustíveis –, livro este constante da própria legislação paulista, como elemento de prova a embasar o pedido de ressarcimento de ICMS recolhido a maior pelos postos de gasolina.

Para isso, alega a Fazenda do Estado de São Paulo que a esta mesma Portaria CAT nº 17/99, prevê, em seu artigo 4º, inciso IV, alínea “a”, que, para efeitos de controle de estoque, devem ser registradas as notas fiscais de saída dos produtos cujo recolhimento do ICMS esteja sujeito à sistemática da substituição tributária.

Caso esta disposição não seja cumprida pelos substituídos, estes não podem exercer seu direito garantido pelo artigo 10, da LC 87/96, ao ressarcimento de valores indevidamente recolhidos.

Entretanto, tal determinação está prevista no capítulo das “Disposições Gerais” e, como tal, deve ter a sua interpretação efetuada de acordo com a sua generalidade, ou seja, a exigência de apresentação das Notas Fiscais deve ser observada à medida que a sua aplicação à atividade analisada seja possível.

No entanto, o registro de notas fiscais de saída dos combustíveis vendidos é irrealizável, até porque a Agravante, bem como todas as empresas que atuam neste ramo, não está obrigada a emitir notas fiscais de saída, por possuir escrituração própria e específica para o seu seguimento.

Tal fato se dá devido ao sistema de vendas dos postos de combustíveis, no qual a emissão de notas fiscais inviabilizaria a fiscalização, em

virtude do excessivo número de documentos que deveriam ser analisados pelos agentes fiscais.

Assim, visando facilitar ao fisco a verificação efetiva do cumprimento das obrigações tributárias por parte dos postos de gasolina, foi instituído o Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, por meio da Portaria nº 26/92, pelo então Departamento Nacional de Petróleo, atualmente Agência Nacional de Petróleo - ANP.

O LMC foi implementado por todas as Secretarias de Fazenda e tornou-se obrigatório como documento fiscal através do Sistema Nacional de Informações Econômicas e Fiscais - SINIEF nº 01 publicado em 15 de dezembro de 1992, sendo certo que o RICMS do Estado prevê, expressamente, a sua utilização, no artigo 213, inciso XII e parágrafo 13.

Ressalte-se, por oportuno, que o LMC é o livro fiscal que possui as informações necessárias à apuração de todos os fatores pertinentes ao recolhimento do ICMS das empresas que atuam no mercado varejista de revenda de combustíveis e derivados de petróleo.

Desta forma, o próprio fisco utiliza-se dele para fiscalizar o cumprimento das obrigações tributárias, em relação ao ICMS, pelas empresas, sendo certo que a constatação de irregularidades com base nesta documentação serve de base à lavratura de autos de infração e imposição de multa em face dos postos de gasolina.

Neste sentido, vem decidindo o E. Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo:

“(...)

l) FALTAS RELATIVAS AOS DOCUMENTOS FISCAIS NO RECEBIMENTO E ESTOCAGEM DE MERCADORIAS:

por ter recebido e estocado, no período de fevereiro de 1993 a fevereiro de 1996, mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, conforme documentos apreendidos pelo fisco e livros registro de movimentação de combustíveis. Com efeito, a recorrente é empresa cuja atividade é o comércio de derivados de petróleo, no varejo, com vendas a consumidor final, onde o fisco mediante verificação da capacidade de seus tanques, calculado o recebimento e as saídas de mercadorias, constatou o recebimento de mercadorias sem documento fiscal, pois ao constatar saídas, embora tivesse saldo negativo, concluiu pela irregularidade. Ora, o raciocínio do fisco foi simples e lógico, pois se a recorrente deu saída de mercadorias que segundo escriturou em seus livros não existia nos tanques e não estava escriturada em quantidades, é

porque as recebeu desacompanhadas de documento fiscal. Assim, por ser desconhecida a origem das mercadorias, embora amparadas pelo regime da substituição tributária, agiu corretamente o fisco ao exigir o imposto. Conforme observo da planilha de fls., dia 14/10/93 em relação a escrituração do livro LMC, o combustível disponível era inferior em relação às vendas a indicar o recebimento sem documento fiscal, pois como poderia ter recebido menos do que vendeu.” (8ª Câmara - Processo nº : DRTC- I - 277/99 - Relator : Raphael Zulli Neto - Data da sessão: 15/07/99 - recurso provido - Publicado no Boletim TIT: nº342, em 02/10/99)

Por outro lado, para a própria Receita Federal, cuja situação é diversa, já que é a partir das notas fiscais que se verifica a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o LMC também é considerado elemento de prova, tendo em vista a não obrigatoriedade dos postos de gasolina de emitir tais notas, ante o grande número de documentos.

Em razão da existência do LMC e da impossibilidade física da emissão de todas as notas fiscais, a Quarta Turma do E. Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, decidiu por unanimidade no Processo n.º 13560.000057/94-87 (DOU-1 de 17/06/98-Pg 17), que o LMC é documento hábil para efeitos fiscais. Em destaque a seguinte ementa:

“IRPJ – Lei n.º 8.846/94 – REVENDA DE COMBUSTÍVEIS – O livro de movimentação de combustíveis, instituído pela Portaria n.º 26, de 13.11.92, do Departamento Nacional de Combustíveis, de registro da movimentação e comercialização de combustíveis, como instrumento à apropriação de receitas, por seus efeitos fiscais, até em manifestação em contrário por quem de direito (Lei n.º 8.846/94, art. 1.º § 2.º), é documento que atinge aos objetivos do art. 1.º da Lei n.º 8.846/94, estando a pessoa jurídica desobrigada de emissão de nota fiscal, exceto se em atendimento a solicitação do consumidor.” (gn)

Portanto, é cristalino que a única documentação fiscal apta a ser adotada pela Administração Pública como “controle de estoque”, para fins de ressarcimento de ICMS recolhido a maior, é o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC).

No entanto, a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, conforme afirmado acima, não aceita o LMC como elemento de prova, insistindo que a Agravante apresente todas as notas fiscais de saída dos combustíveis por ela vendidos. Esta exigência, por sua vez, constitui afronta ao art. 10, da LC 87/96, conforme já demonstrado nestes autos.

No caso em tela, o LMC é utilizado pelo fisco para constituição do crédito tributário via lançamento. Entretanto, o Fisco veda a sua aplicação para gerar benefícios ao mesmo contribuinte, mormente quando estes benefícios representarão menor arrecadação aos seus cofres.

A jurisprudência deste E. Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da isonomia entre contribuintes e fisco, veda a aplicação da mesma norma de maneira diferenciada para cada parte. Veja-se a seguinte ementa:

“Tributário. Ressarcimento de valores fiscais. Del. 491/1968.

Correção monetária. Prescrição.

O Código Tributário Nacional elege o protesto judicial como causa interruptiva do prazo prescricional, para que a Fazenda Pública proponha a ação de cobrança de crédito tributário (art. 174, parágrafo único, inc. II). Face ao princípio da igualdade das partes, no processo (isonomia processual), idêntico tratamento deve ser dispensado ao contribuinte nas ações em que postula a repetição do Indébito. (...)” (RESP 52281/DF – 1ª Turma – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – v.u. – DJ 31/03/1997- gn)

Logo, verifica-se que a Secretaria da Fazenda, ao recusar o ressarcimento das quantias recolhidas a maior pela Agravante a título de ICMS, além de gerar óbices ao cumprimento do disposto no Regulamento do ICMS, o faz violando princípios constitucionais-tributários, o que é, sem dúvida, o ato de maior gravidade.

O aceite de tal situação é tornar nulos todos os lançamentos efetuados pelo Fisco através dos Autos de Infração e Imposição de Multa utilizando-se de meio unilateral, ou seja, que o LMC serve apenas numa situação de punibilidade ao Contribuinte, não sendo aceita hipótese contrária, de beneficiar-se, ou melhor, de exercer direito previsto no art. 10, da LC 87/96.

Por todo o exposto, conclui-se que o LMC é um documento fiscal que demonstra com fidelidade a realidade da movimentação dos produtos que os postos revendedores comercializam. Frise-se que o Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo (RICMS), “prevê” expressamente a utilização do LMC no seu art. 204, § 13 e art. 398-a, tal qual prevê a Portaria CAT nº 67 de 15 de julho de 1993.

Portanto padece de razoabilidade e moralidade administrativa a atitude do fisco paulista em se negar a aceitar o LMC como parâmetro para cálculo do imposto pago a maior, confira-se:

Art. 204. Salvo disposição em contrário, o contribuinte deverá manter em cada estabelecimento, conforme as operações ou prestações que realizar, os seguintes livros fiscais (Lei nº 6.374/89, art. 67, “caput” e § 1º, e Convênio 15-12-70 – SINIEF, art. 63):

(...)

XII – Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC (Ajuste SINIEF – 1/92). (Acrescentado pelo inciso IV do art. 2º do Decreto 36.453, de 19.01.93 – DOE 20.01.93; efeitos a partir de 1º de janeiro de 1993).

Ora, o LMC é o “único” livro fiscal que possui as informações necessárias para que sejam apurados “os saldos credores ou devedores” da Agravante a título de ICMS, portanto negar a sua utilização no caso em tela, é o mesmo que negar vigência ao direito da Agravante de restituir-se de maneira preferencial e imediata os valores pagos a maior, e antecipadamente pela via da substituição, conforme previsto pela legislação infraconstitucional.

Em outras palavras, sendo o LMC um controle diário de todas as entradas e saídas de produtos, possibilita visualizar toda a complexidade da operação da Agravante, como por exemplo, a quantia de produto armazenada em um tanque de combustível, e em qual bomba que foi vendido. Ressalte-se que um único tanque pode abastecer várias bombas, podendo possuir dois a quatro bicos de saída para as bombas, podendo ainda cada uma destas bombas ter um preço diferente (a vista e a prazo).

É cediço que todos estes movimentos de entrada e saída obrigatoriamente estarão escriturados no LMC, e obtidos mediante uma simples multiplicação dos valores de volume de saída de combustível em litros, pelo valor de venda existente em cada bomba, naquele dia, refletindo de maneira exata a realidade dos fatos, servindo inclusive para facilitar o trabalho da fiscalização, por outro lado deve, até por uma questão de isonomia, também deve ser aceito a título de prova quando a Agravante é credora de valores perante o Fisco Estadual.

Ademais, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em recentes decisões idênticas ao presente caso, adotou o entendimento aqui defendido:

“MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – Restituição de Tributos pagos a maior - Substituição tributária – Limitação, de acordo com o Decreto Estadual – Ilegalidade – Inteligência do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal – Reexame necessário considerado interposto – Recursos não providos.

Voto:

*“(…) Em sede preliminar, sem destaque, a ação intentada afigura adequada e hábil para dirimir a controvérsia, posto que o demandante objetiva que lhe seja garantido o direito de creditar-se do ICMS sem sofrer restrições por parte da Fazenda. Batalha por seu direito em jogo, sendo evidente o interesse de transferir os créditos que possui, de imediato, a salva das restrições contidas em Decreto. Coexistem, pois, os dois requisitos que lhe são intrínsecos: a necessidade concreta do processo e a adequação do provimento almejado e do procedimento por ele escolhido. **A resistência da ré se ressentida de amparo legal, desde que o preceito contido no Decreto, além de arbitrário, viola o princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, caput, da Carta Magna), pois se a Fazenda recebe o tributo de uma só vez, quando da restituição ou compensação também deverá fazê-lo. (...) Para tanto, considero interposto o reexame necessário, negando provimento a ambos os recursos.**” (TJ – SP; Apelação Cível nº 326.665.5/0-00; 4ª Câmara de Direito Público; Des. Rel. Thales do Amaral; DOE 25/09/2006)*

“Ação de Mandado de Segurança. Substituição Tributária. Transferência de créditos de ICMS. Art. 150, parágrafo 7º da CF/88. A transferência não depende de qualquer manifestação da administração pública, que tem meios para posteriormente fiscalizar, se assim desejar. RECURSO DE APELAÇÃO E REMESSA DE OFÍCIO IMPROVIDOS.” (TJ – SP; Apelação com Revisão nº 307.673.5/7; 3ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Gama Pellegrini; DOE 04/05/2007)

“Mandado de Segurança. – ICMS – Restituição de tributos pago a maior – Substituição Tributária – Limitação, de acordo com o Decreto Estadual – Ilegalidade – Inteligência do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal – Reexame necessário considerado interposto – Recursos não providos.” (TJ – SP; Apelação Cível nº 330.508.5/9-00; 4ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Soares Lima; DOE 26/10/2006)

Desta forma, pela afronta ao 10, da lei Complementar 87/96, bem como aos artigos 118 c/c 126 do CTN, que estabelecem objetividade, isto é, isonomia entre os contribuintes, na observância de seus fatos geradores, deve-se reformar integralmente o v. acórdão de fls., possibilitando que a Agravante usufrua seu direito líquido e certo de ressarcimento imediato e preferencial dos valores indevidamente repassados ao cofres públicos em substituição tributária. Além disso,

é certo afirmar que o v. acórdão refutado julgou válida Lei Estadual (local) em detrimento de postulados constantes em Lei Federal (artigos 118 c/c 126 do CTN), devendo este E. STJ reformar a r. decisão recorrida.

Mas não é só.

IV.3 - DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE O V. ACÓRDÃO RECORRIDO E OUTROS V. ACÓRDÃOS EMANADOS POR ESTE E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com fundamento no artigo 105, III, alínea “c”, a ora Agravante também objetiva a reforma do v. acórdão refutado em razão dos v. acórdãos paradigmas que são trazidos à colação.

O v. acórdão ora combatido assim aduz em sua fundamentação:

*“(…) Importante salientar, antes de mais nada, que o art. 150, § 7º, da Constituição Federal, ao estabelecer que a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, **assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga somente nos casos de não realização do fato gerador presumido. A legislação local é que prevê a restituição também na hipótese de ficar comprovado que na operação final ficou configurada obrigação tributária de valor inferior à presumida.** Se é assim, o contribuinte deve sujeitar-se, na pretensão ora manifestada, às normas estaduais que disciplinam a matéria para obter o Fisco eventual atendimento. (...)” (fls. 04 do v. acórdão refutado – g.n.)*

O citado entendimento é discrepante daquele proferido por este E. STJ, consoante se observa na decisão paradigma proferida nos autos do Recurso Especial nº 259.087/MG³:

*“(…) **Na hipótese em comento, o fato gerador presumido configura-se na venda do produto pelo valor previsto na pauta fiscal. Se a venda do produto ocorreu por valor menor do que aquele previsto, observa-se então que parte do fato gerador presumido não se concretizou, remanescendo o direito de restituição da quantia relativa à diferença havida entre a base de cálculo para retenção do ICMS, fato gerador presumido e o preço real da venda da mercadoria. (...) De fato, o art. 10, da Lei Complementar nº 87/96, dispõe, ad litteram: ‘É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da***

³ REspl nº 259.087 - MG – publicação DJ 03.06.2002; Relator: Ministro Francisco Falcão; Recorrente: Líder Comércio e Indústria Ltda.; Recorrido: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais.

substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.' A norma acima, ao complementar o dispositivo constitucional, conferiu ao contribuinte substituído, o direito à restituição do imposto recolhido a maior de forma imediata e preferencial. Frise-se, por oportuno, que a Constituição Federal, de acordo com o art. 150, § 7º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 03/93, conforme transcrição supra, condicionou a atribuição do sujeito passivo da obrigação tributária à condição de responsável pelo pagamento do imposto, à edição de Lei apta a este fim, restringindo assim o reconhecimento do direito de compensar o ICMS decorrente de fato gerador presumido não realizado, para o período posterior à vigência da lei Complementar nº 87/96. tais as razões expendidas, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para reconhecer, a partir da vigência da Lei Complementar nº 87/96, o direito do Recorrente de compensar o ICMS decorrente de fato gerador presumido não realizado, reservando-se ao fisco o direito de rever tal compensação. (...)" (fls. 03 e 05 do arresto paradigma – g.n.)

Também no Recurso Ordinário em MS nº 14.615/RJ, acórdão publicado em 17/06/2002, há divergência no entendimento aqui destacado, *in verbis*:

*"(...) Tenho que há de ser provido o recurso, como sugerido pelo Ministério Público Federal no corpo do Parecer já referido. A impetrante comprovou, mediante documentação apresentada, que realmente, foi obrigada, pelo regime de substituição tributária, a recolher o ICMS a maior do que o devido na operação que determinou a ocorrência do fato gerador. O egrégio Tribunal 'a quo' denegou a segurança pleiteada. **Dou provimento ao Recurso Ordinário para conceder a segurança, nos termos do pedido, isto é, para permitir à impetrante que restitua os valores do ICMS que pagou a mais, em face do regime de substituição tributária adotado, do que realmente devido quando da ocorrência do fato gerador, tudo sujeito à fiscalização 'a posteriori' do fisco. (...) Posto isso, dou provimento ao recurso. Inversão dos ônus sucumbenciais.**" (Fls. 04 e 06 do v. acórdão refutado – g.n.)⁴*

Conforme se verifica pelos paradigmas trazidos à baila, é certo que deve haver a restituição do ICMS pago por substituição tributária, nos termos do art. 10, da LC 87/96, quando não realizada a operação pelo valor presumido, afastando-se as restrições internas impostas pelo Fisco Estadual, mais precisamente a proibição de utilização do Livro de Movimentação de Combustíveis como substituto de Notas Fiscais de saída de combustíveis.

Veja-se, é patente que em situações análogas à presente, como demonstram os arrestos paradigmas, o v. acórdão ora recorrido diverge de entendimento exarado em julgado do E. STJ, demonstrando-se plenamente a

⁴ Recurso Ordinário em MS nº 14.615 – RJ – publicação DJ 17.06.2002; Relator Ministro José Delgado; Recorrente: Posto de Gasolina Josi Ltda.; Recorrido: Estado do Rio de Janeiro.

necessidade de reforma, sob pena de perpetrar entendimento discrepante daquele esposado por este E. STJ.

V – DO PEDIDO

Diante do exposto, requer seja recebido e conhecido o presente Agravo de Instrumento e, após seu regular processamento, seja a ele dado integral provimento, para que, preliminarmente, seja decretada a nulidade do v. acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração, para que outro julgamento seja realizado, prolatando-se acórdão que aprecie os fundamentos apresentados pela ora Agravante.

Caso assim não se entenda, no mérito, requer seja dado integral provimento ao Recurso Especial, para o fim de que seja reformado o aresto recorrido, garantindo-se à Agravante o ressarcimento do ICMS indevidamente recolhido, por meio de substituição tributária, nos termos perquiridos na inicial e sem as restrições impostas pelo Fisco Paulista, conforme exhaustivamente demonstrado.

A. deferimento.

São Paulo, 28 de outubro de 2008.

Rodrigo Helfstein

OAB/SP 174.047