



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
COMARCA DE SÃO PAULO  
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES  
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA  
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000

**SENTENÇA**

Processo nº: **053.08.104591-0 - Mandado de Segurança**  
Requerente: **Supermercado Irmão Lopes Ltda.**  
Requerido: **Coordenador da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Emílio Migliano Neto**

*Vistos etc*

1. Trata-se de **mandado de segurança**, com **pedido de liminar**, impetrado por **SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES LTDA.** contra ato do **COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** aduzindo, em suma, que adquire inúmeros produtos, dentre os quais, aqueles definidos como produtos da “**cesta básica**”, para consecução de seus objetivos sociais; que mencionados produtos, quando adquiridos pela impetrante de seus fornecedores estabelecidos nos mais diversos Estados da Federação, sofrem a incidência do ICMS a uma alíquota de 12%, referente às aquisições interestaduais, nos termos do RICMS/2000; ocorre que desde a edição do Decreto estadual nº 27 de abril de 2006, o Estado de São Paulo obriga os contribuintes a realizar o estorno proporcional do crédito do imposto de forma que sua parte utilizável não exceda a 7%, sob argumento de que nesses casos estar-se-ia diante de uma situação de isenção e não haveria o direito ao crédito, nos termos do artigo 155, § 2º, inciso II, da Constituição Federal; ressaltando que o Estado de São Paulo editou o Decreto nº 52.585, de 28 de dezembro de 2007, acrescentando ao artigo 3º, § 3º, do Anexo II – Reduções da Base de Cálculo, do RICMS/2000, para os fatos geradores ocorridos a partir de 28/12/2007, que trata especificamente das aquisições interestaduais, onde ficou limitado o crédito fiscal ao correspondente 7% do valor da operação, procedimento que vem sendo cumprido na sua integralidade pela impetrante, com o creditamento do ICMS com a alíquota de 7%. Sustentando a



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
COMARCA DE SÃO PAULO  
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES  
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA  
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000

inconstitucionalidade e ilegalidade dessa legislação, pugnou pela procedência da presente ação mandamental a fim de seja suspensa a exigibilidade do estorno proporcional, autorizando, por conseguinte, o creditamento integral à alíquota de 12% dos créditos de ICMS relativos às mercadorias e aos produtos que compõem a denominada “*cesta básica*” e possuem redução de alíquota ou de base de cálculo, em observância ao princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS, e a final seja concedida em definitivo a segurança pleiteada, assegurando o direito líquido e certo da impetrante em não realizar o estorno proporcional de ICMS, para uma alíquota de 7%, quando adquire produtos através de operações interestaduais tributadas a uma alíquota de 12%, afastando a aplicabilidade dos mencionados decretos, bem como autorizando o creditamento dos valores indevidamente estornados desde abril de 2006, quando da entrada em vigor da mencionada legislação. Culmina requerendo a concessão de liminar para afastamento da aplicabilidade dos Decretos nºs 50.750/06 e 52.585/07, bem como autorizar o creditamento dos valores indevidamente estornados desde abril de 2006 até a presente data; ainda determinar à autoridade impetrada que se abstenha de exigir ou praticar quaisquer atos tendentes a exigir o estorno da diferença da alíquota do ICMS de 12% para 7%, tal como estabelecido pelos Decretos nºs 50.750/06 e 52.585/07. Atribuindo à causa o valor de R\$ 10.000,00, instruiu a petição inicial de fls. 2/21 com a procuração e os documentos de fls. 22/64. Às fls. 66/68 a impetrante aditou a petição inicial para fazer constar que os valores a serem estornados deverão sofrer a incidência de correção monetária pelos índices da taxa SELIC. O aditamento foi deferido pelo despacho de fl. 69, oportunidade em que este Juízo determinou o prévio recolhimento das custas e despesas processuais, sendo atendido as fls. 72/74 e 73/76. Por meio do despacho de fls. 77/81 foi concedida a liminar, tão-somente, para afastamento da aplicabilidade dos Decretos nºs 50.750/06 e 52.585/07, e determinar à autoridade impetrada que se abstenha de exigir ou praticar quaisquer atos tendentes a exigir o estorno da diferença da alíquota do ICMS de 12% para 7%. A **Fazenda do Estado de São Paulo** requereu sua admissão no feito na qualidade de assistente litisconsorcial passiva (fl. 87) e a autoridade impetrada apresentou as



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000**

informações de fls. 88/106 sustentando, em suma, a inadequação da via eleita, pois os fatos e situações que se pretende discutir dependeriam de prova pericial para serem comprovados, delimitados e fixados; no mérito, sustenta inexistir qualquer ato violador de direito líquido e certo, pleiteando a improcedência da ação. Por meio do despacho de fl. 107

***É o relatório do essencial.***

***Passo à fundamentação e à decisão.***

2. A alegação de inadequação da via eleita pela impetrante se revela insustentável, pois como adiante se verá a ora impetrante é possuidora de direito líquido e certo, nos exatos termos do disposto no artigo 155, § 2º, incisos I e II, da Constituição Federal, de modo que a via escolhida, de fato, está correta. Trouxe, com a inicial, a prova do direito defendido, e é o quanto basta para apreciação do mérito da questão.

3. Dispõe o art. 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal:

"Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - 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".



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000**

4. A regra acima comporta duas exceções: a isenção ou a não incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes; e, acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores.

5. Em interpretação restritiva, tem-se apenas nos casos de isenção e de não incidência é cabível exceção à regra da não cumulatividade. É o caso em que o sujeito passivo deverá estornar o imposto objeto de creditamento.

6. A redução da base de cálculo não se confunde com isenção, admitindo-se, pois, compensação.

7. Desta forma dispôs o Excelso Supremo Tribunal Federal, em análise direta do art. 155, § 2º, inciso I, da Constituição da República:

"LEI ESTADUAL. Benefício fiscal outorgado ao contribuinte. Crédito decorrente da redução da base de cálculo do tributo. Vedação. Impossibilidade. A Constituição Federal somente não admite o lançamento do crédito nas hipóteses de isenção ou não-incidência. Precedente do Tribunal Pleno". (Agravado Regimental nº RE 240.395, Min. Maurício Corrêa, citado nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 389.371-3, Min. Carlos Velloso).

8. Por sua vez, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

"O fato de ter-se redução da base de 'cálculo, nas operações subseqüentes não autoriza a anulação proporcional do crédito fiscal das operações anteriores.' 4. Partindo-se dessa premissa, o estorno proporcional do imposto creditado não se aplica à hipótese de redução da base de cálculo. Isto



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
COMARCA DE SÃO PAULO  
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES  
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA  
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000

porque, conforme já acentuado, as exceções à possibilidade de utilização dos créditos tributários previstas na Constituição da República e na Lei Complementar nº 87/96, como sói acontecer em matéria tributária, somente comportam interpretação restritiva. Conseqüentemente, é de patente ilegalidade a conduta fiscal que determina ao contribuinte estorno proporcional do imposto creditado, sempre que a mercadoria que deu entrada no estabelecimento, quando da operação subsequente, tiver sua base de cálculo reduzida para fins de incidência do imposto" (RESP nº 343.800-MG). Necessidade de uniformização do entendimento no afã de evitar a cognominada 'guerra fiscal' entre os estados federados. 5. Deveras, impõe-se observar que a Lei Complementar 87/96 é posterior ao Convênio 66/88 e que é legislação complementar de hierarquia superior, cuja matéria foi regulada por lei posterior. Nesta parte, derogante. Os convênios como fontes secundárias do Direito Tributário, não podem, regular contra *tehorem legis*, devendo-se adstringir aos termos da lei. 6. Recurso Especial desprovido" (Resp nº 615.365/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, jul. 22/06/2004, DJ 02/08/2004, pág. 333).

9. E, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo os venerandos acórdãos elencados no despacho que concedeu a liminar (fls. 77/81, em especial a Apelação Cível nº 277.7/7-5/7 - Santos - da Colenda 12ª Câmara de Direito Público - Relator o eminente Desembargador Prado Pereira, em julgamento realizado em data de 08.02.06; e a Apelação Cível nº 510.805-5/6 - Guarulhos, da Colenda 7ª Câmara de Direito Público, Relator o eminente Desembargador Coimbra Schmidt, em julgamento realizado em data de 03.9.07).

10. Por derradeiro, quanto à pretensão da impetrante de autorizar o creditamento dos valores indevidamente estornados desde abril de 2006, atualizados monetariamente pelos mesmos índices da taxa SELIC,



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
COMARCA DE SÃO PAULO  
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES  
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA  
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000

também impõe-se o acolhimento.

11. Como é sabido, a incidência da taxa SELIC substituiu, como se lê do artigo 2º, da Lei 10.175/98, a incidência de correção monetária, passando destarte a abranger atualização monetária e juros, e a validade desse critério legal tem sido iterativamente reconhecida pela construção jurisprudência:

**"TRIBUTÁRIO. ICMS. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. LEGALIDADE. 1. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. Precedentes: EREsp 418940/MG, 1ª S., Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 09.12.2003; REsp 552049/SC, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ 27.06.2005; REsp 586219/MG, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ 02.05.2005. 2. Embargos de divergência a que se dá provimento"** (STJ, Eresp nº 623822-PR, 1ª Sessão, j. 24.08.2005, Rel. o Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI).

**"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - REEXAME DE MATÉRIA DE FATO - IMPOSSIBILIDADE - REQUISITOS DA CDA - SÚMULA 07/STJ - TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LANÇAMENTO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA NA COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ( ) 6. São devidos juros da taxa SELIC em compensação de tributos e, mutatis mutandis, nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Estadual e Federal. 7. Aliás, raciocínio diverso importaria tratamento anti-isonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000**

*reembolsar os contribuintes por esta taxa SELIC, ao passo que, no desembolso, os cidadãos exonerar-se-iam desse critério, gerando desequilíbrio nas receitas fazendárias. 8. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, desprovido." (STJ, Resp nº 617867- SP, 1ª T. j. 09.11.2004, Rel. o Min. LUIZ FUX).*

12. Enfim, os elementos de convicção constantes dos autos demonstram a presença de direito líquido e certo a ser garantido por mandado de segurança, inclusive com a antecipação da medida na forma como determinada.

13. **POSTO ISSO**, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgo integralmente procedente a presente ação mandamental impetrada por **SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES LTDA.** contra ato do **COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, mantida em definitivo a liminar concedida as fls. 77/81.

14. Custas na forma da lei. Indevida condenação no pagamento de verba honorária (Súmula 512 do Excelso Supremo Tribunal Federal e Súmula 105 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça).

15. Comunique-se o teor desta decisão à autoridade impetrada.

16. A despeito das alterações introduzidas pela Lei n.º 10.352/01, que modificou o art. 475 do CPC, dando nova disciplina ao reexame necessário, há de ser aplicada a norma especial prevista no art. 12 da Lei do Mandado de Segurança (Lei n.º 1.533/51). Com efeito, a alteração da norma genérica não enseja a revogação ou a modificação de regras



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
COMARCA DE SÃO PAULO  
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES  
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA  
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000

especiais preexistentes relativas ao mesmo instituto (art. 2º, § 2º, da LICC). Havendo conflito entre normas jurídicas de mesma hierarquia, ocorrendo a antinomia de segundo grau, ou seja, a discrepância entre as soluções preconizadas pelos critérios cronológico e o da especialidade, deve prevalecer, em regra, a resposta que resultar da aplicação deste último critério.

**17.** Assim, após interposições e processamentos de eventuais recursos voluntários, subam os presentes autos ao Egrégio Tribunal de Justiça, com as nossas homenagens aos eminentes Desembargadores integrantes da Colenda Câmara de Direito Público, para o **reexame necessário**.

P. R. I. C.

São Paulo, 19 de fevereiro de 2009.