



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000282914

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2391759-98.2024.8.26.0000, da Comarca de Itapira, em que é agravante ITAP INDÚSTRIA ITAPIRENSE DE PEÇAS LTDA, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) E JARBAS GOMES.

São Paulo, 25 de março de 2025.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 33.506

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2391759-98.2024.8.26.0000

COMARCA: ITAPIRA

AGRAVANTE: ITAP INDÚSTRIA ITAPIRENSE DE PEÇAS LTDA.

AGRAVADO: ESTADO DE SÃO PAULO

Juiz(a) de 1ª Instância: Helia Regina Pichotano

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução fiscal - Inconformismo diante de decisão que rejeitou exceção de pré-executividade - Alegação de ilegalidade da aplicação da taxa de juros de 1% nas frações de mês, e de inconstitucionalidade da inclusão das contribuições sociais do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS – Parcial provimento - Impossibilidade de aplicação da alíquota de 1% para as frações de mês, uma vez que supera o patamar máximo estabelecido pela taxa SELIC - Entendimento consolidado pelo C. Órgão Especial na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000 - Adequação da CDA mediante simples cálculo aritmético, com posterior prosseguimento da execução - Incidência das contribuições sociais do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS - Possibilidade - Inteligência do art. 13, §1º, inciso II, alínea “a”, da Lei Complementar nº 87/1999 (Lei Kandir) - Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal de Justiça - Decisão reformada em parte, para determinar à Fazenda Estadual a retificação das CDAs executadas, adequando-as à taxa SELIC também nas frações de mês.

Recurso provido em parte.

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por ITAP INDÚSTRIA ITAPIRENSE DE PEÇAS LTDA. contra r. decisão (fls. 232/233 - origem) que, nos autos de Execução Fiscal ajuizada pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO (proc. nº 1502608-90.2019.8.26.0272), para cobrança de débitos de ICMS declarados e não pagos (CDAs nº 1.256.453.311, 1.256.453.322, 1.256.669.196, 1.259.493.102, 1.259.493.113, 1.265.386.270,

1.265.386.281, 1.265.386.292, 1.266.175.831, 1.266.598.856, 1.266.598.867, 1.2676.862.477, 1.267.862.488), rejeitou a exceção de pré-executividade, em que se questionava a aplicação de juros de mora de 1% no mês de vencimento, superando a taxa Selic; bem como a inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS.

Sustenta a agravante, em síntese, a inconstitucionalidade da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, devendo ser aplicada por analogia a tese firmada no julgamento do Tema 69 do STF (RE 574.706/PR), *"uma vez que o PIS e o COFINS também não compõem o patrimônio da Executada-Agravante, bem como tem ingresso de caixa ou trânsito contábil e será repassado na sua integralidade ao fisco federal"* (fl. 7). Alega também a inconstitucionalidade da aplicação de índice de juros de mora superior à taxa Selic, mediante aplicação da taxa de 1% para a fração de mês.

Pede o acolhimento do recurso, para reformar a decisão agravada, a fim de que as CDAs sejam declaradas nulas, com a condenação da Fazenda do Estado ao pagamento de honorários advocatícios, fixados por equidade.

Em sede de análise preliminar, foi deferido o efeito suspensivo (fls. 20/21).

Contraminuta a fls. 32/52.

É o relatório.

O recurso comporta provimento em parte.

Os títulos que embasam a execução fiscal permitem concluir, sem sombra de dúvidas, que os juros moratórios incidentes sobre as CDAs ora questionadas (fls. 2/27 - origem) foram

calculados com base na SELIC, nos moldes da Lei Estadual nº 16.497/17, afastada, pois, a aplicação da taxa de juros prevista pela Lei Estadual nº 13.918/09 (0,13% ao dia), declarada inconstitucional.

Entretanto, no que tange à alíquota de 1% a título de juros de mora, aplicado sobre as frações de mês, em que pese já tenha decidido em sentido contrário, hei por bem curvar-me ao entendimento atual e prevalente nesta 11ª Câmara de Direito Público, no sentido de que também não podem exceder a taxa SELIC.

Como é cediço, os juros de mora na forma da Lei Estadual nº 13.918/09 tiveram sua inconstitucionalidade reconhecida, tal como decidido pelo Órgão Especial deste Tribunal, no julgamento da arguição de inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, considerando-se constitucional a aplicação da taxa SELIC às dívidas tributárias do Estado de São Paulo.

Sobreveio, então, a edição da Lei Estadual nº 16.497/17, que deu a seguinte redação ao § 1º do art. 96 da Lei nº 6.374/89:

"§ 1º - A taxa de juros de mora é equivalente:

- 1. por mês, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente;**
- 2. a 1% (um por cento) para fração de mês, assim entendido qualquer período de tempo inferior a um mês;"**

Deste modo, ainda que a alteração legislativa tenha estabelecido que os juros de mora sejam equivalentes à taxa SELIC, observa-se que a aplicação do percentual de 1% sobre a fração do mês acaba por não respeitar a limitação à SELIC. Isso porque, desde o ano de 2017, a referida taxa não vem alcançando 1% ao mês. E não há



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

razão para que tal índice não seja respeitado também com relação à fração de mês.

Em termos práticos, como bem destacou o ilustre Desembargador Ricardo Dip, ***"ao dispor nesse sentido, a Lei bandeirante 16.497/2017 comete a mesma incorreção da Lei estadual n. 13.918/2009, declarada inconstitucional por esta C. Corte, permitindo a fixação de taxa de juros superior à Selic, o que deve ser coibido"*** (11ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 1035153-20.2020.8.26.0053, j. 19/03/2021).

Seguem, no mesmo sentido, recentes julgados desta C. Câmara Julgadora:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO ICMS EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE Aplicação da taxa SELIC às dívidas tributárias do Estado de São Paulo Incidência de juros moratórios previstos na Lei Estadual nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei Estadual nº 16.497/17 Alíquota de 1% para a fração do mês Impossibilidade Taxa mensal que supera a taxa SELIC Certeza e liquidez da CDA Prosseguimento da execução mediante simples cálculo aritmético para expurgar o valor reconhecidamente indevido. PROCESSUAL CIVIL HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS Art. 85, incisos I e IV do § 2º e § 3º, do CPC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO" (11ª Câmara de Direito Público, Agravo de instrumento nº 2288176-05.2021.8.26.0000, j. 11/01/22, rel. Des. Afonso Faro Jr.).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EXECUÇÃO FISCAL ICMS INCIDENTE DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. Decisão que não conheceu de incidente de pré-executividade. Recurso do excipiente. Juros moratórios. Inteligência do quanto decidido no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000. Entendimento solidado para que os juros de mora incidentes sobre dívidas fiscais devidas à Fazenda Estadual limitem-se ao índice da taxa SELIC. Contagem de juros de 0,13% ao dia,

determinados na Lei 13.918/2009 e, a partir de 1/11/2017, observância à Lei nº 6.374/1989, consoante a redação dada pela Lei nº 13.918/2009 e alterações posteriores a partir de 1/11/2017, com alíquota de 1% para a fração do mês. Taxas que superam o patamar máximo da SELIC. Excesso, contudo, não implica nulidade das CDAs em debate. Eventuais ilegalidades que podem ser afastadas sem prejuízo da validade dos títulos executivos, bastando recálculo da dívida. Tema 249 do col. STJ e precedentes da Câmara. Parcial acolhimento do recurso em ordem a determinar a apresentação de nova planilha do crédito exequendo com decote dos juros no que desbordantes da taxa SELIC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO” (11ª Câmara de Direito Público, Agravo de instrumento nº 2258900-89.2022.8.26.0000, j. 17/01/23, rel. Des. Márcio Kammer de Lima).

Em suma, a retificação do cálculo do débito tributário, com incidência da taxa SELIC também nas frações de mês, é medida de rigor.

Vale ressaltar que a necessária adaptação do título executivo aos índices de atualização aplicáveis não o torna ilíquido e não rende ensejo à nulidade das CDAs ou extinção da execução fiscal. Não retira liquidez e certeza à CDAs a necessidade de adequação a índices corretos, a demandar simples operação aritmética (cfr. REsp 1.022.462-RS).

De outro lado, não há que se reputar indevida a inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS.

Nesse contexto, verifica-se que a questão jurídica foi submetida à análise desta 11ª Câmara de Direito Público (AC nº 1006889-13.2018.8.26.0554, j. 17/03/2021), e muito bem elucidada em voto da lavra do ilustre Desembargador Jarbas Gomes, no qual se concluiu pela possibilidade de inclusão das contribuições sociais do PIS e

COFINS na base de cálculo do ICMS (amparado, inclusive, em jurisprudência do C. STJ), cujos fundamentos adoto como razão de decidir:

"(...)

Primeiramente, ressalte-se que o C. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema nº 69 da repercussão geral (RE nº 574.706/PR), fixou tese no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS, situação diversa da tratada nestes autos, em que se discute a base de cálculo do ICMS, não servindo como precedente. Como afirmam Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (in Teoria geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 251), o precedente é "Decisão proferida em um caso concreto cuja ratio decidendi serve de parâmetro para o julgamento de outros casos".

Com efeito, "a igualdade é premissa necessária para o controle da aplicação de precedentes. Sua retidão é demonstrada através da necessária motivação da decisão judicial. Em específica, é ela explicitada através da ratio decidendi aplicada para a questão jurídica posta. A partir dela, em momento posterior, empreenderemos o raciocínio analógico diante do caso concreto para, só assim, decidirmos se se trata de aplicação do caso precedente ou, se, ao fim, trata-se de caso distinto" (EDINGER, Carlos. in Distinguishing: Raciocínio analógico. REVISTA DE PROCESSO. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 266, abril. 2017. p. 421).

Opera-se, pois, o fenômeno do distinguishing, nos termos do artigo 489, § 1º, inciso VI, do Código de Processo Civil, afastando-se a aplicação da decisão proferida no RE nº 574.706/PR nestes autos.

Prosseguindo, a respeito do tema, oportuno destacar que o PIS (Programas de Integração Social) e a COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social) são contribuições devidas por pessoas jurídicas que obtêm receitas durante

o mês, incidindo sobre valor de seu faturamento, com finalidades sociais dispostas em suas leis de criação.

Já a base de cálculo do ICMS, conforme artigo 13, §1º, inciso II, alínea "a", da Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir) inclui o valor correspondente a "seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição", ressaltando-se que a legislação supra mencionada expressamente afasta da base cálculo do ICMS somente o "imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configurar fato gerador de ambos os impostos" (parágrafo 2º).

Inexiste, pois, vedação legal para inclusão do PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS, conforme entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. PREMISSA EQUIVOCADA. PIS E COFINS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. REPASSE ECONÔMICO. POSSIBILIDADE. ACOLHIMENTO SEM EFEITO MODIFICATIVO.

1. De fato, o acórdão embargado apreciou questão diversa da abordada no Agravo Regimental. Cuidou-se da possibilidade de incluir o ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, em vez do cômputo dessas contribuições na base de cálculo do ICMS.

2. Contudo, reparado o vício existente, melhor sorte não assiste à embargante. A jurisprudência do STJ encontra-se sedimentada no sentido da legitimidade do cômputo do PIS e da Cofins na base de cálculo do ICMS, por se tratar de mero repasse econômico que integra o valor da operação (EDcl no REsp 1.336.985/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/5/2013; AgRg no AREsp 218.210/RS, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Cconvocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 17/12/2012).

3. Embargos de Declaração acolhidos sem efeito modificativo." (EDcl no AgRg no REsp 1368174/MG, Rel. Ministro

HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 01/06/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESENÇA DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS NAS FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA. ART. 13, §1º, II, "A", DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/96.

1. O tema que versa sobre a inclusão das contribuições ao PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS subiu a esta Corte via recurso especial, no entanto o acórdão aqui proferido julgou matéria diversa, qual seja: a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS. Sendo assim, os aclaratórios merecem acolhida para que seja abordado o tema correto do especial.

2. Não há qualquer ilegalidade na suposta inclusão das contribuições ao PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS conforme o efetuado pela concessionária. A referida inclusão é suposta porque as contribuições ao PIS e COFINS são repassadas ao consumidor final apenas de forma econômica e não jurídica, sendo que o destaque na nota fiscal é facultativo e existe apenas a título informativo. 3. Sendo assim, o destaque efetuado não significa que as ditas contribuições integraram formalmente a base de cálculo do ICMS, mas apenas que para aquela prestação de serviços corresponde proporcionalmente aquele valor de PIS e COFINS, valor este que faz parte do preço da mercadoria/serviço contratados (tarifa). A base de cálculo do ICMS continua sendo o valor da operação/serviço prestado (tarifa).

4. Por fim, não se pode olvidar que o art. 13, §1º, II, "a", da Lei Complementar n. 87/96, assim dispõe em relação à base de cálculo do ICMS: "Integra a base de cálculo do imposto [...] o valor correspondente a [...] seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição".

5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para dar provimento ao recurso especial." (EDcl no REsp 1336985/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 13/05/2013)".

Seguem, no mesmo sentido, recentes julgados desta Câmara Julgadora em demandas similares:

"AGRAVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PLEITO DE EXCLUSÃO DE PIS E COFINS DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. LIMINAR. A ausência de confirmado risco de ineficácia jurídica do mandamus, se a final concedido, leva a inibir a concessão de medida liminar no espartilho da normativa de regência (Lei nº 12.016/2009, de 7-8). Provimento do agravo" (11ª Câmara de Direito Público, Agravo de instrumento nº 004148-08.2020.8.26.0000, j. 28/10/2020, rel. Des. RICARDO DIP);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE ICMS Base de cálculo Inclusão das contribuições sociais do PIS e COFINS Possibilidade Inexistência de vedação legal Precedentes desta Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça Inaplicabilidade do RE 574.706/PR (Tema nº 69 de repercussão geral), ante a distinção entre o caso concreto e o aludido precedente vinculante. NEGA-SE PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO" (11ª Câmara de Direito Público, Agravo de instrumento nº 2041762-30.2021.8.26.0000, j. 29/04/2021, rel. Des. AFONSO FARO JR.).

Portanto, a hipótese é de parcial acolhimento do recurso, apenas para determinar à Fazenda Estadual a retificação das CDAs copiadas a fls. 2/27 (origem), adequando-as à taxa SELIC também nas frações de mês, com o posterior prosseguimento da execução fiscal. Eventuais medidas constritivas ficam obstadas até a efetiva retificação dos títulos executivos em questão.

Por conseguinte, em homenagem ao princípio da causalidade, tendo em vista que a exequente-agravada deu causa a que a executada-agravante viesse em juízo postular a adequação dos títulos, cabe a condenação da Fazenda Estadual ao pagamento de honorários advocatícios, fixados no percentual mínimo previsto no art.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

85, § 3º, do CPC, incidente sobre o proveito econômico obtido (valor excluído da execução em razão da retificação das CDAs), observando-se, se o caso, a regra prevista no § 5º do art. 85 do CPC.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso, nos termos acima.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR
Relator