



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000315135

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2019532-52.2025.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante VITIVÍNICA GÓES LTDA, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente), PAULO GALIZIA E MARCELO SEMER.

São Paulo, 31 de março de 2025.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Agravo de Instrumento nº 2019532-52.2025.8.26.0000
Agravante: Vitivinícola Góes Ltda
Agravado: Estado de São Paulo
Interessado: Delegado Regional Tributários da Drt-04i
Comarca: Sorocaba

VOTO N. 3358/25

Mandado de Segurança. Sorocaba. Pretensão de recolher ICMS sem inclusão das contribuições PIS/COFINS na base de cálculo. Liminar indeferida. Ausência dos requisitos legais pertinentes. Precedentes. Decisão mantida. Agravo de instrumento não provido.

V I S T O S.

Contra decisão que, em mandado de segurança, indeferiu medida liminar visando ao reconhecimento do direito de recolher ICMS sem inclusão das contribuições PIS e COFINS em sua base de cálculo (p. 108/114) opôs a impetrante agravo de instrumento alegando que as referidas contribuições não devem integrar a base de cálculo do ICMS, à vista do entendimento firmado no julgamento do RE 574.706 (Tema 69) e do disposto nos arts. 12 e 13 da LC n. 87/96, 145, §1º, 150, I e IV, 155, II e §2º, I, da CF; disse que o próprio Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais n. 2.091.202, 2.091.203, 2.091.204 e 2.091.205, cujo Tema n. 1223 estabeleceu o seguinte enunciado “legalidade da inclusão do PIS e da Cofins na base de cálculo do ICMS”; afirmou que essa inclusão, além de ser ilegal, acarreta prejuízo concorrencial e risco iminente de inscrição da empresa em órgão de proteção ao crédito, ajuizamento de execução fiscal, bem como constrição de bens e impossibilidade de renovar certidão de regularidade fiscal; ressaltou que os valores referentes ao PIS e COFINS não abarcam a regra matriz de incidência do ICMS, motivo pelo qual a inclusão dessas contribuições em sua base de cálculo viola os princípios da legalidade e do confisco (CF, art. 150, I e IV), assim como o art. 97 do CTN, e que a liminar deve ser deferida, a luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição, garantindo-se o acesso à Justiça e o direito à tutela jurisdicional efetiva; pediu efeito suspensivo/ativo e, ao final, o provimento do recurso. A Fazenda do Estado apresentou contraminuta (p. 172/176) e, em seguida, a agravante



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

manifestou oposição ao julgamento virtual (p. 180).

É o relatório.

De fato, a concessão de medida liminar “não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem os seus pressupostos, como também não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade” (Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança e Ação Popular, 9ª Ed. RT, 1983, p. 46). A lição continua aplicável na vigência da Lei n. 12.016 de 07.08.09.

Não se pode, à vista da regra do artigo 7º, § 1º da Lei n. 12.016/09, negar a possibilidade de agravo contra decisão de concessão ou de denegação de medida liminar em mandado de segurança, sem perder de vista que os requisitos de concessão dessa medida liminar não são apenas os mesmos da ação cautelar, relativos *ao fumus boni juris* e *ao periculum in mora*, sendo imprescindível demonstração de plano de lesão ou ameaça a direito líquido e certo. A medida se aproxima muito mais da tutela antecipada.

Em que pesem os argumentos da agravante, os elementos dos autos não autorizam, nesta fase de cognição sumária, a concessão da liminar.

Segundo dispõe o art. 155, II e § 2º, inciso XII, alínea 'i', da CF:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto 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:

[...]

XII - cabe à lei complementar:

[...]

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

serviço.”

Como se vê, a lei complementar tem a competência de fixar a base de cálculo do ICMS.

Por sua vez, o art. 13, inciso I, da LC n. 87/96 (Lei Kandir) estabeleceu acerca da base de cálculo do ICMS:

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;”

E que:

“§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo: (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

§ 2º Não integra a base de cálculo do imposto o montante do 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.”

Nesse contexto, depreende-se que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação, o que inclui o próprio imposto e as demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas.

No que se refere ao PIS e à COFINS, a Lei Complementar n. 87/96 assim determina:

“Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações ou prestações

subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;
- b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;
- c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.”

Por sua vez, a Lei Estadual n. 6.374/89 prevê:

“Artigo 28-A - Na falta de preço final ao consumidor, único ou máximo, autorizado ou fixado por autoridade competente, a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária em relação às operações ou prestações subsequentes será:

I - o valor da operação ou prestação praticado pelo sujeito passivo por substituição tributária ou pelo contribuinte substituído intermediário, incluídos os valores correspondentes a frete, carreto, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ao adquirente, acrescido do valor resultante da aplicação de percentual de margem de valor agregado estabelecido conforme disposto no artigo 28C (Redação dada pela Lei nº 12.681/07 de 24/07/2007).”

Observa-se que, na sistemática da substituição tributária, o ICMS-ST retido se refere ao ICMS atribuído ao adquirente das mercadorias quando da efetiva realização da operação subsequente, em que a base de cálculo deverá conter as variáveis que farão parte do preço final do substituído na ocasião da venda efetiva, pois a não inclusão na respectiva base de cálculo de importâncias que se sabe serão assumidas pela empresa adquirente (substituída) e incorporadas ao seu preço final enseja menor recolhimento do ICMS, fato este que infringe a legislação que norteia a matéria.

Desse modo, a Lei Complementar n. 87/96 e a Lei Estadual n. 6374/89 mostram que fazem parte da base de cálculo do tributo os “encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço”, a permitir que se incluam PIS e COFINS no cálculo do ICMS da substituição tributária, já que tais contribuições são encargos cobrados do destinatário sobre o faturamento quando da efetiva venda ao consumidor.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

O Superior Tribunal de Justiça afirmou que a inclusão de tais contribuições na base de cálculo do imposto nem chegaria a ocorrer de fato, porquanto o PIS e a COFINS são repassados ao consumidor final apenas de forma econômica e não jurídica, continuando a base de cálculo do ICMS a ser o valor da operação/serviço prestado.

Portanto, não há ilegalidade na inclusão das contribuições PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS, na medida em que estas não integram formalmente a base de cálculo do ICMS, mas apenas incidem sobre a receita bruta/faturamento das empresas, de maneira que se trata de repasse meramente econômico, que compõe o valor da operação, e não jurídico ao consumidor final.

Confira-se, a propósito, o entendimento do STJ 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 Convocada 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).

No mesmo sentido, a maciça jurisprudência desta Corte:

EXECUÇÃO FISCAL Exceção de pré executividade - PIS e COFINS Inclusão na base de cálculo do ICMS Possibilidade: É legítima a inclusão do PIS e do COFINS na base de cálculo do ICMS, por se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

tratar de mero repasse econômico que integra o valor da operação. (TJSP; Agravo de Instrumento 2160890-44.2021.8.26.0000; Relator (a): Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Jandira - SEF - Setor de Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 20/07/2021; Data de Registro: 20/07/2021).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. Rejeição de exceção de pré-executividade. Alegação de inconstitucionalidade da inclusão das contribuições PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS. Inadmissibilidade. Inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS que se mostra legítima, por se tratar de mero repasse econômico que integra o valor da operação, conforme entendimento sedimentado do Colendo STJ. Precedentes desta Câmara e do Egrégio TJSP. Decisão mantida. Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2166345-87.2021.8.26.0000; Relator (a): Jose Eduardo Marcondes Machado; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Bauru - Setor de Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 24/08/2021; Data de Registro: 24/08/2021).

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. Execução fiscal. ICMS declarado e não pago. Nulidade da execução fiscal. Imposto. Base de cálculo. PIS e Cofins. 1. CDA. Nulidade. Preclusão. O sistema processual dispõe como regra ser defeso ao juiz decidir novamente as questões já decididas relativas à mesma lide (CPC, art. 505, 'caput'); esta é a hipótese dos autos. As questões suscitadas a respeito de nulidade das CDA por ausência de elementos obrigatórios, bem como a supressão da instância administrativa, foram decididas no julgamento da primeira exceção de pré-executividade oposta pela executada, com o exame pelo tribunal no julgamento do AI nº 2207554-75.2017. A hipótese dos autos não comporta quaisquer das exceções do art. 505, CPC. Não há o que rever. 2. ICMS. Base de cálculo. A agravante insiste pela exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS; mas sem razão. A base de cálculo do ICMS corresponde ao valor da operação, abrangendo, além do próprio imposto, as demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas. As contribuições PIS e COFINS, por sua vez, tem por base de cálculo, em suma, o faturamento. A teor das bases de cálculo legalmente previstas, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legalidade da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, uma vez que estas contribuições constituem mero repasse econômico que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

integra o valor da operação. Precedentes. Exceção parcialmente acolhida. Agravo desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2009607-37.2022.8.26.0000; Relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Diadema - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/02/2022; Data de Registro: 15/02/2022).

EXECUÇÃO FISCAL. São Bernardo do Campo. Exceção de pré-executividade rejeitada. Legalidade da inclusão das contribuições PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS. Entendimento do STJ e precedentes deste Tribunal de Justiça. Título executivo provido de liquidez e certeza. Decisão mantida. Agravo de instrumento não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2276058- 94.2021.8.26.0000; Relator (a): Antonio Celso Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de São Bernardo do Campo - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/12/2021; Data de Registro: 16/12/2021).

Por fim, mostra-se impertinente a aplicação por analogia do decidido no RE 574.706/PR (Tema 69 do STF), vez que se trata de situação diversa da aqui discutida, em que se pretende a exclusão das contribuições PIS/COFINS, ao passo que, no aludido Tema, o STF afirmou o entendimento no sentido de que o ICMS não integra a base de cálculo das contribuições PIS e COFINS.

Assim, é válida a inclusão de valores a título de PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS.

Dessa forma, os argumentos devem ser submetidos a um mínimo de contraditório e os elementos dos autos não justificam a concessão da liminar sem demonstração inequívoca de direito líquido e certo e relevância dos fundamentos. Nada autoriza desprestigiar desde logo a presunção de legalidade do ato administrativo sem o devido processo legal, de modo a possibilitar verificação da existência ou não de direito líquido e certo ameaçado o vulnerado.

Por fim, não obstante a matéria tenha sido afetada pelo rito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema n.1223), certo é que a determinação de suspensão se restringe aos recursos especiais e aos agravos em recursos especiais na segunda instância e/ou no Superior Tribunal de Justiça, nada impedindo o presente julgamento.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Impõe-se, portanto, a manutenção do indeferimento da liminar.

A fim de disponibilizar as vias especial e extraordinária, consideram-se expressamente pré-questionados os dispositivos constitucionais e legais invocados, aos quais não se contrariou nem se negou vigência.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo de instrumento, nos termos acima.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ
RELATOR