



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000450119

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2024603-35.2025.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante MESSASTAMP INDUSTRIA METALURGICA LTDA., é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª 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, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FERMINO MAGNANI FILHO E FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 8 de maio de 2025.

HELOÍSA MIMESSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Voto nº 22.041

Agravo de Instrumento nº 2024603-35.2025.8.26.0000

Agravante: Messastamp Industria Metalurgica Ltda.

Agravado: Estado de São Paulo

Origem: Setor de Execuções Fiscais da Comarca de Guarulhos

MM. Juiz: João Luiz Viegas Rodrigues da Silva

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO ICMS.

Decisão agravada que acolheu em parte a exceção de pré-executividade oposta pelo agravante, apenas para limitar a taxa de juros à Selic, afastando a pretensão de exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS. Insurgência do excipiente. Manutenção da decisão. 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, e não jurídico, conforme entendimento sedimentado do STJ, inclusive em repetitivo (Tema nº 1.223). Inexistência de alargamento indevido da base de cálculo. Inteligência do art. 155, §2º, inciso XII, alínea “i”, da CF/88 c.c. art. 13, da Lei Complementar nº 87/1996. Precedentes do C. STJ e deste E. TJSP. Decisão mantida. Recurso desprovido.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por *Messastamp Industria Metalurgica Ltda.* contra a r. decisão de fls. 76/79 dos autos da execução fiscal de origem, que acolheu em parte a exceção de pré-executividade oposta pelo agravante, “*para, sem desconstituir a CDA, limitar a taxa de juros ao índice Selic e determinar a adequação dos valores.*”

Diante do parcial acolhimento da exceção de pré-executividade, a Fazenda Estadual foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários, fixados nos percentuais mínimos para as faixas previstas no art. 85, §§ 3º e 5º do CPC, a serem calculados sobre o proveito econômico obtido.

Em suas razões recursais (fls. 1/16), a empresa

agravante sustenta, em síntese, ser indevida a inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS. Defende a inexistência de lei que viabilize a cobrança de PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS, consignando que entendimento diverso implicaria na agregação de contribuições sociais na base de cálculo de imposto estadual, o que ensejaria a bitributação. Aduz que o PIS e a COFINS são calculados com base na receita do contribuinte, o que não guarda correlação com o valor da operação de mercadorias ou serviços, base de cálculo do ICMS. Assevera que a intenção do legislador constitucional não é tributar outros tributos por meio do ICMS, tanto o é, que ressaltou da base de cálculo do ICMS os valores cobrados a título de IPI (art. 155, §2º, XI, CF) e que apenas não o fez com relação ao PIS e à COFINS, porquanto inexistentes à época. Entende que restou configurada ofensa aos princípios da isonomia tributária, capacidade contributiva e vedação ao confisco, previstos na Constituição Federal. Alega, no mais, a possibilidade de aplicação por analogia do julgamento do RE 574706/PR, que pacificou entendimento no sentido de que é inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com esses argumentos, requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, no mérito, a reforma da r. decisão agravada, para que seja determinada a exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS.

Regularmente processado o recurso, sem a outorga do efeito suspensivo (fls. 22/29).

Contraminuta apresentada a fls. 45/48, pelo desprovimento do recurso.

FUNDAMENTOS E VOTO.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido, mas não comporta provimento.

Trata-se, na origem, de execução fiscal ajuizada pela *Fazenda Pública do Estado de São Paulo* em face de *Messastamp Industria Metalurgica Ltda.* para a cobrança de débitos de ICMS, no valor de R\$246.632,01 (fls. 1/5).

A fls. 20/40 da origem, a parte executada opôs exceção de pré-executividade, defendendo a inviabilidade de cobrança de juros no percentual de 0,13% ao dia sobre o valor do débito principal, bem como a imperiosa exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS.

Sobreveio, então, a r. decisão de fls. 76/79 da origem que acolheu em parte a exceção de pré-executividade oposta, “*tão somente para, sem desconstituir a CDA, limitar a taxa de juros ao índice Selic e determinar a adequação dos valores.*”

Irresignado, recorre o agravante.

Sem razão, contudo.

O cerne da controvérsia versa sobre a (in)constitucionalidade da inclusão das contribuições previdenciárias para o PIS e a COFINS na base de cálculo do ICMS.

É certo que a regra-matriz do ICMS está prevista no art. 155, II, CF/88, que dispõe que o imposto incide sobre as operações de circulação de mercadoria e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Veja-se:

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.

Por sua vez, o § 2º, inciso XII, alínea “i”, do referido artigo delegou à Lei Complementar a competência para definir a base de cálculo do imposto e, em atenção aos preceitos constitucionais, foi editada a Lei Complementar nº 87/96 (“Lei Kandir”), a qual, em seu art. 13, estabeleceu a regra geral da base de cálculo do imposto, que assim dispõe:

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

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos V, IX e X do caput deste artigo:

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. (g.n.).

A respeito da composição da base de cálculo do ICMS, segue a doutrina de ROQUE ANTONIO CARRAZZA¹:

Base de cálculo é dimensão da materialidade do tributo. É ela que dá critérios para mensurar o fato impositivo tributário. Geraldo Ataliba a define como sendo a 'perspectiva mensurável do aspecto material da hipótese de incidência que a lei qualifica, com a finalidade de fixar critério para a determinação, em cada obrigação tributária concreta, do quantum debeat'6. Evidentemente, deve ser apontada na lei, já que também ela está submetida ao regime

¹ CARRAZA, Roque Antônio. ICMS. 16a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, pp. 97/98.

da reserva legal.

(...)

Incumbe, pois, à base de cálculo especificar, em termos matemáticos, a hipótese de incidência do tributo. Assim, se a hipótese de incidência do tributo for 'vender mercadoria', sua base de cálculo somente poderá ser o 'valor da venda realizada'. Tudo o que fugir disso (v.g., o custo do dinheiro necessário à obtenção deste valor) não estará medindo de modo adequado o fato tributário e, no momento da apuração do quantum debeatur, fará com que o contribuinte pague além da conta circunstância que lhe vulnera o direito de propriedade.

Transplantando estas noções, apenas bosquejadas, para o ponto que faz aqui nosso interesse, temos que a base de cálculo do ICMS deve necessariamente ser uma medida da operação mercantil realizada. E foi o que, corretamente, fez o legislador ordinário, ao estabelecer que a base de cálculo do tributo é o 'valor de que decorrer a saída da mercadoria'.

Assim, por força da expressa previsão legal do art. 13, §1º, II, “a”, da Lei Kandir, nota-se que todas as operações que representem mero repasse econômico devem integrar o valor da operação, como parece ser o caso das contribuições sociais apontadas pela agravante - que integram o preço da mercadoria e, como consequência, compõem o valor da operação, devendo ser incluídas na base de cálculo do imposto.

A questão já foi debatida pelo C. STJ, inclusive no Tema Repetitivo nº 1.223 (trânsito em julgado ainda pendente²) que definiu que o PIS e a COFINS são repassados ao consumidor final apenas de forma econômica e, por isso, devem integrar o valor da operação base de cálculo do ICMS (grifos nossos):

²

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1223&cod_tema_final=1223

TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO PIS E DA COFINS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. VALOR DA OPERAÇÃO. REPASSE ECONÔMICO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL ESPECÍFICA PARA EXCLUSÃO. FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO: RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE NEGADO PROVIMENTO.

1. A base de cálculo do ICMS será o valor da operação nas hipóteses legais (artigo 13 da Lei Complementar 87/96).

2. "O imposto não está limitado ao preço da mercadoria, abrangendo também o valor relativo às condições estabelecidas e assim exigidas do comprador como pressuposto para a própria realização do negócio."

(REsp n. 1.346.749/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 10/2/2015, DJe de 4/3/2015.)

3. O PIS e a COFINS incidem, dependendo do regime de tributação da pessoa jurídica, sobre suas receitas totais ou faturamento, observadas as exceções legais. As receitas e o faturamento podem ser considerados ingressos definitivos nas contas do contribuinte, sem qualquer transitoriedade, a ponto de ensejar a incidência das contribuições.

4. O PIS e a COFINS são repassados economicamente ao contribuinte porque não incidem diretamente sobre o valor final a ser cobrado do consumidor, diferentemente de impostos como o ICMS e o IPI que, de forma legal e constitucional, têm o repasse jurídico autorizado. Por ser o repasse econômico, é legal a inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS.

5. Por ausência de previsão legal específica, não é possível excluir o PIS e a COFINS da base de cálculo do ICMS.

6. Tese jurídica de eficácia vinculante, sintetizadora da ratio decidendi deste julgado paradigmático: "A inclusão do PIS e da Cofins na base de cálculo do ICMS atende à legalidade nas hipóteses em que a base de cálculo é o valor da operação, por configurar repasse econômico".

7. Não estão preenchidos os requisitos legais autorizadores da modulação de efeitos do julgado paradigmático, pois o entendimento até então estabelecido pelo STJ está mantido.

8. Solução do caso concreto: A ausência de enfrentamento no acórdão recorrido da matéria impugnada, objeto do recurso, impede o acesso à instância especial porque não foi preenchido o requisito constitucional do prequestionamento. Incidência, por analogia, das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal (STF). Não é aplicável a esta controvérsia a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706. O acórdão recorrido conferiu solução à causa em consonância com a tese jurídica ora fixada, o que impõe, por

consequência, negar provimento ao recurso especial no ponto.

9. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão do conhecimento, com o provimento negado.

(REsp n. 2.091.203/SP, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Seção, julgado em 11/12/2024, DJEN de 16/12/2024.)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. PREMISSA EQUIVOCADA RECONHECIDA. NOVO EXAME DO RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. REPASSE ECONÔMICO. LEGALIDADE.

I - Tendo o acórdão embargado apreciado questão diversa daquela sob a qual gravita a demanda, de rigor a corrigenda, passando-se à análise do tema entelado, qual seja, a exigibilidade da inclusão do PIS e da Cofins na base de cálculo do ICMS.

II - A jurisprudência do STJ está pacificada no sentido da legitimidade da inclusão do PIS e da Cofins na base de cálculo do ICMS, por se tratar de mero repasse econômico que integra o valor da operação. Precedentes: AgInt no REsp n. 1.805.599/SP, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 21/6/2021 e EDcl no AgRg no REsp n. 1.368.174/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/5/2016, DJe de 1º/6/2016.

III - Embargos de declaração acolhidos e, em novo exame recursal, recurso especial improvido.

(EDcl no AgInt no AREsp n. 2.085.293/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023)

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.

(STJ, EDcl no AgRg no REsp 1368174/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 01/06/2016)

Dessa forma, a base de cálculo do ICMS corresponde ao valor da operação, abrangendo, além do próprio imposto, as demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, não havendo que se falar em alargamento indevido da base de cálculo do tributo pela inclusão do PIS/COFINS.

Tal posicionamento também é adotado por esta Corte, *in litteris*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão de exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS – Impossibilidade – Base de cálculo do ICMS corresponde ao valor da operação, nele incluídos os valores pagos, recebidos e debitados – Inteligência do art. 13, inciso I e § 1º, inciso II, alínea "a", da Lei Complementar nº 87/96 – Inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS que configura de mero repasse econômico, integrando o valor da operação – Inaplicabilidade do Tema nº 69 do STF ao presente caso – Precedentes – Decisão mantida – Recurso improvido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2025930-49.2024.8.26.0000; Relator (a): Maurício Fiorito; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/03/2024; Data de Registro: 23/03/2024)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança – ICMS – Liminar indeferida – Afastamento da tese da inexigibilidade da inclusão das contribuições de PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS – Observância ao entendimento do C. STJ e desta E. Corte de Justiça - R. Decisão mantida. Recurso improvido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2068241-89.2023.8.26.0000;

Relator (a): Carlos Eduardo Pachi; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/04/2023; Data de Registro: 10/04/2023)

Portanto, não se caracteriza a alegada irregularidade na inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observado o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006, p. 240).

Sujeitam-se à forma de julgamento virtual em sessão permanente da 5ª Câmara de Direito Público eventuais recursos previstos no art. 1º da Resolução nº 549/2011 deste E. Tribunal deduzidos contra a presente decisão. No caso, a objeção deverá ser manifestada no **prazo de cinco dias** assinalado para oferecimento dos recursos mencionados no citado art. 1º da Resolução. A objeção, ainda que imotivada, sujeitará aqueles recursos a julgamento convencional.

HELOÍSA MIMESSI
Relatora