



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2091202 - SP (2023/0253805-8)

RELATOR : **MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES**
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS S/A
ADVOGADO : JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR - SP142452
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CONRADO LUIZ RIBEIRO SILVA BARROS - SP464149

EMENTA

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: É vedado o exame da alegação de violação do art. 97 do Código Tributário Nacional (CTN) pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) por ser esse dispositivo mera reprodução de preceito constitucional (art. 150, I, da Constituição Federal), que trata do princípio da legalidade tributária). 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.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Foi aprovada, por unanimidade, a seguinte tese jurídica no tema 1223:

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.

Os Srs. Ministros Teodoro Silva Santos, Francisco Falcão, Maria Thereza de Assis Moura, Benedito Gonçalves, Marco Aurélio Bellizze, Sérgio Kukina e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Afrânio Vilela.

Brasília, 11 de dezembro de 2024.

MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2091202 - SP (2023/0253805-8)

RELATOR : **MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES**
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS S/A
ADVOGADO : JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR - SP142452
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CONRADO LUIZ RIBEIRO SILVA BARROS - SP464149

EMENTA

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: É vedado o exame da alegação de violação do art. 97 do Código Tributário Nacional (CTN) pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) por ser esse dispositivo mera reprodução de preceito constitucional (art. 150, I, da Constituição Federal), que trata do princípio da legalidade tributária). 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.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA., com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, no qual se insurge contra o acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO assim ementado (fl. 323):

MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - Base de cálculo - Inclusão do PIS e COFINS - Possibilidade:

- É legítima a inclusão do PIS e do COFINS na base de cálculo do ICMS, por se tratar de mero repasse econômico que integra o valor da operação.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 336/340).

A parte recorrente alega violação aos artigos 2º e 13 da Lei Complementar (LCP) 87/96, 97, IV e 110 do Código Tributário Nacional (CTN), uma vez que não há previsão legal para a inclusão do do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, o PIS e a COFINS seriam receitas da União, transitórias na contabilidade do contribuinte, o ônus financeiro do ICMS é transferido ao consumidor final e o STF, no julgamento do RE 574.706, entendeu que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS

por não se enquadrar no conceito de faturamento ou receita.

A parte adversa apresentou contrarrazões (fls. 414/421).

O recurso foi inadmitido na origem (fls. 425/427) e foi interposto agravo em recurso especial (fls. 447/460).

A Ministra Presidente da Comissão Gestora de Precedentes converteu o agravo em recurso especial e indicou o recurso para análise preliminar de afetação ao rito dos repetitivos (fls. 499/500).

O Ministério Público Federal ofereceu parecer pela admissão do recurso como representativo da controvérsia (fls. 508/511).

A Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas do Superior Tribunal de Justiça manifestou-se favoravelmente à afetação da controvérsia ao regime dos recursos repetitivos (fls. 528/531).

Na sessão virtual de julgamento de 22/11/2023 a 28/11/2023, a Primeira Seção do STJ decidiu pela afetação do recurso ao regime dos repetitivos, juntamente com os REspS 2.091.203/SP; 2.091.204/SP e 2.091.205/SP, o que se deu por meio de acórdão unânime assim ementado (fl. 546):

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO – CONTROVÉRSIA ACERCA DA INCLUSÃO DO PIS E DA COFINS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS – QUESTÃO DE DIREITO – MULTIPLICIDADE DE CAUSAS PARELHAS – RECURSO SELECIONADO COMO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – AFETAÇÃO AO REGIME DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS.

1. Controvérsia jurídica submetida ao Superior Tribunal de Justiça: legalidade da inclusão do PIS e da Cofins na base de cálculo do ICMS.

2. Recurso especial selecionado que preenche os requisitos de admissibilidade, permitindo o conhecimento da questão de direito controvertida.

3. Existência de multiplicidade de causas parelhas a espelhar a mesma controvérsia presente nas amostras selecionadas para julgamento paradigmático.

4. Afetação do recurso especial ao regime dos recursos repetitivos.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer pelo desprovimento do recurso especial (fls. 556/560).

Indeferido o pedido de ingresso no feito dos Estados e do Distrito Federal na condição de amicus curiae (fls. 580/582).

É o relatório.

VOTO

A controvérsia jurídica submetida ao crivo do STJ e afetada pela Primeira Seção ao regime dos repetitivos (Tema 1.223/STJ) vem sintetizada na seguinte proposição: *“Legalidade da inclusão do PIS e da Cofins na base de cálculo do ICMS”*.

O artigo 155, § 2º, XII, i da Constituição Federal determinou que cabe à lei complementar fixar base de cálculo do ICMS:

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:

(...)

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 serviço.

O dispositivo legal em exame – artigo 13 da LCP 87/96 possui a seguinte redação, naquilo que importa:

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;

II - na hipótese do inciso II do art. 12, o valor da operação, compreendendo mercadoria e serviço;

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

IV - no fornecimento de que trata o inciso VIII do art. 12;

a) o valor da operação, na hipótese da alínea a;

b) o preço corrente da mercadoria fornecida ou empregada, na hipótese da alínea b;

(...)

A base de cálculo do ICMS será o valor da operação quando (a) da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte (art. 12, I da LCP 87/96); (b) da transmissão a terceiro de mercadoria depositada em armazém geral ou em depósito fechado, no Estado do transmitente (art. 12, III da LCP 87/96); (c) da transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente (art. 12, IV da LCP 87/96); (d) do

fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento, compreendendo mercadoria e serviço (art. 12, II da LCP 87/96); e (e) do fornecimento de mercadoria com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios (art. 12, VIII, a da LCP 87/96).

A definição do "valor da operação" para determinar a base de cálculo do ICMS não é nova no Superior Tribunal de Justiça.

Já há muitos anos, o Ministro Benedito Gonçalves se pronunciou: "*A base de cálculo do ICMS, segundo a Lei Kandir, é o valor da operação pelo qual se deu a circulação da mercadoria. O imposto, portanto, 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.)

Avanço, então, ao ponto central da controvérsia - se o PIS e a COFINS compõem o "*valor da operação*" para fins de inclusão na base de cálculo do ICMS.

O PIS e a COFINS incidem, dependendo do regime de tributação da pessoa jurídica, sobre suas receitas totais ou faturamento, observadas as exceções legais:

Regime Cumulativo:

Lei 9.718/1998:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o [art. 12 do Decreto-Lei n 1.598, de 26 de dezembro de 1977](#).

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

(...)

Regime Não Cumulativo:

PIS - Lei 10.637/2002:

Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. ([Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014](#)) ([Vigência](#))

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta de que trata o [art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977](#), e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o [inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#). ([Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014](#)) ([Vigência](#))

§ 2º A base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep é o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme definido no **caput** e no § 1º. [\(Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014\)](#) [\(Vigência\)](#)

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo, as receitas:

(...)

COFINS - Lei 10.833/2003:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. [\(Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014\)](#) [\(Vigência\)](#)

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta de que trata o [art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977](#), e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os seus respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o [inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#). [\(Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014\)](#) [\(Vigência\)](#)

§ 2º A base de cálculo da Cofins é o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme definido no **caput** e no § 1º. [\(Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014\)](#) [\(Vigência\)](#)

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

(...)

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.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE 574.706/PR (Tema 69), entendeu que receita e/ou faturamento é um ingresso financeiro em caráter definitivo no patrimônio do contribuinte e que o faturamento é uma espécie de receita, ambos podendo ser conceituados como produto da venda de mercadorias. A propósito, trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

Inaceitável, por isso mesmo, que se qualifique qualquer ingresso como receita, pois a noção conceitual de receita compõe-se da integração, ao menos para efeito de sua configuração, **de 02 (dois) elementos essenciais:**

a) que a incorporação dos valores faça-se positivamente, importando em acréscimo patrimonial; e

b) que essa incorporação revista-se de caráter definitivo.

Daí a advertência de autores e tributaristas eminentes, cuja lição, no tema, mostra-se extremamente precisa (e correta) no exame da noção de receita.

(...)

É importante ressaltar, ainda, que a orientação que venho de mencionar encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (...) a precisa lição de ROQUE ANTONIO CARRAZZA exposta em conhecida monografia que escreveu como doutrinador ilustre ("ICMS", p. 530/542, 12ª ed., 2007, Malheiros):

(...) "O 'faturamento' (que, etimologicamente, advém de 'fatura') corresponde, em última análise, ao 'somatório' do valor das operações negociais realizadas pelo contribuinte. 'Faturar', pois, é obter 'receita

bruta' proveniente da venda de mercadorias ou, em alguns casos, da prestação de serviços"

Noutras palavras, 'faturamento' é a contrapartida econômica, auferida, como 'riqueza própria', pelas empresas em razão do desempenho de suas atividades típicas. Conquanto nesta contrapartida possa existir um componente que corresponde ao ICMS devido, ele não integra nem adere ao conceito de que ora estamos cuidando.

Indo ao encontro desta linha de raciocínio, a Suprema Corte pacificou e reafirmou, no julgamento dos RE 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, em sessão do dia 9.11.2005, a distinção entre 'faturamento' e 'receita'. Mais: **deixou claro que 'faturamento' é espécie de 'receita', podendo ser conceituado como o 'produto da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviço (...).**

(...) (sem destaque no original)

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.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema Repetitivo 293 (REsp 976.836/RS, de relatoria do Ministro Luiz Fux), firmou a tese que *"O repasse econômico do PIS e da COFINS realizados pelas empresas concessionárias de serviços de telecomunicação é legal e condiz com as regras de economia e de mercado."*

No mesmo sentido, a tese firmada no no julgamento do Tema Repetitivo 428 (REsp 1185070 / RS , de relatoria do Ministro Teori Zavascki): *"É legítimo o repasse às tarifas de energia elétrica do valor correspondente ao pagamento da Contribuição de Integração Social - PIS e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social - COFINS incidente sobre o faturamento das empresas concessionárias"*.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 415 da Repercussão Geral entendeu que o repasse do PIS e da COFINS ao consumidor não ofende a Constituição Federal, por ser o repasse econômico:

Recurso Extraordinário. Direito Tributário. Direito Administrativo. PIS/COFINS. Serviços de telecomunicações. Concessão de serviços públicos. Equilíbrio econômico-financeiro. Política tarifária. 2. Exigência de lei complementar para o repasse de contribuições aos usuários de serviço público. Desnecessidade. Inteligência do art. 146, III, a, da Constituição Federal. 3. Reserva de lei complementar apenas nos casos taxativamente indicados na Constituição Federal. 4. Não há reserva de lei complementar para a definição de fatos geradores, bases de cálculo e sujeitos passivos das contribuições previstas no art. 149 da CF/1988. Conformidade com a jurisprudência da Corte. 5. O repasse do PIS/COFINS nas faturas de telefonia não altera a matriz de incidência tributária das contribuições. Distinção entre contribuinte de direito e contribuinte de fato. **6. O repasse do PIS/COFINS ao consumidor nas faturas do serviço de telefonia, nos**

termos do art. 9º, §3º, da Lei 8.987/1995, não ofende a Constituição Federal. 7. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.

(RE 1053574, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25-10-2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-255 DIVULG 21-11-2019 PUBLIC 22-11-2019, sem destaque no original)

Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça entendem pela legalidade da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, também com a justificativa do repasse ser econômico. A propósito, pronunciamento do Ministro Mauro Campbell:

De fato, não vejo qualquer ilegalidade na suposta inclusão das contribuições ao PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS conforme o efetuado pela concessionária. E digo "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.

Desse modo, se o repasse não tem efeitos tributários, apenas econômicos, e se as contribuições ao PIS e COFINS incidem juridicamente em outro momento e somente sobre receita bruta da empresa, o que se tributa formalmente a título de ICMS é o valor da operação/serviço prestado ao consumidor de energia elétrica, e não as contribuições ao PIS e COFINS. (EDcl no REsp n. 1.336.985/MS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 7/5/2013, DJe de 13/5/2013.)

Transcrevo a ementa do julgado:

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.

No mesmo sentido: AgInt no AREsp n. 2.276.063/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 21/9/2023; AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.187.684/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 30/6/2023; AgInt no AREsp n. 2.206.641/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 1/6/2023; (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; 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 as decisões monocráticas: AREsp n. 2.187.638, Ministro Gurgel de Faria, DJe de 01/12/2022; AREsp n. 1.692.812, Ministro Sérgio Kukina, DJe de 03/10/2022.

A Constituição Federal em seu artigo 150, parágrafo 6o, dispõe que as exclusões da base de cálculo do ICMS dependem de previsão legal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

Para exemplificar, o artigo 13 §2º da LCP 87/1996, reprodução do artigo 155, § 2º, XI da Constituição Federal, exclui o IPI da base de cálculo do ICMS quando a operação realizada entre contribuintes e destinada à industrialização ou comercialização - configurar fato gerador de ambos os impostos:

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

(...)

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 sentido já decidiu a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. DEDUÇÃO DOS VALORES DO PIS E DA COFINS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. REPASSE ECONÔMICO. VALOR DA OPERAÇÃO. ART. 13, § 1º, DA LC N. 87/1996. PRECEDENTES. INAPLICABILIDADE DO TEMA 69 DA REPERCUSSÃO

GERAL.

1. Afastada a alegada ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC, eis que o acórdão recorrido se manifestou de forma clara e fundamentada sobre a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia. A motivação contrária ao interesse da parte não se traduz em maltrato ao artigo 1.022 do CPC/2015.

2. Esta Corte já se manifestou no sentido de que, em relação à base de cálculo do ICMS, os valores relativos ao PIS e à COFINS - que incidem juridicamente em outro momento e somente sobre receita da empresa -, são repassados ao consumidor final de forma econômica (não jurídica), fazendo parte do preço da mercadoria/serviço contratados, e, nessa qualidade, integram o valor da operação, base de cálculo do ICMS.

3. Nos termos do art. 13, § 1º, da LC n. 87/1996, a base de cálculo do ICMS engloba: (inciso I) o montante do próprio imposto "calculado por dentro"; (inciso II, alínea "a") os valores relativos a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição; e (inciso II, alínea "b") o valor do frete efetuado pelo remetente ou por sua conta e ordem e cobrado em separado. Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1.368.174/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1º/6/2016; EDcl no REsp 1.336.985/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/5/2013; AgInt no REsp 1.805.599/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 21/06/2021.

4. A pretensão de deduzir os valores do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS demandaria autorização legal expressa, à semelhança daquela prevista no § 2º do art. 13 da LC n. 87/1996 (reprodução do inciso XI do § 2º do art. 155 da Constituição Federal) que exclui o IPI da base de cálculo do ICMS quando a operação - realizada entre contribuintes e destinada à industrialização ou comercialização - configurar fato gerador de ambos os impostos. Portanto, inexistindo comando legal específico, impossível acolher a pretensão da recorrente, sob pena de ofensa ao § 6º do art. 150 da Constituição Federal.

5. No Tema 69 da repercussão geral (RE 574.706), o Supremo Tribunal Federal tratou do conceito de receita/faturamento previsto no art. 195, I, "b", da Constituição Federal, base de cálculo do PIS e da COFINS, concluindo pela exclusão do ICMS desse conceito, entendimento que não se aplica ao presente feito que trata da base de cálculo do ICMS que, nos termos do art. 13 e respectivos incisos e parágrafos, corresponde ao valor da operação relativa à circulação da mercadoria/serviço tributável.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 2.206.641/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 1/6/2023, sem destaque no original.)

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

- Fixação da tese jurídica:

Ante tais fundamentos, propõe-se a seguinte 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*".

- Modulação de efeitos:

A regra jurídica que autoriza a atribuição de efeitos meramente prospectivos às decisões produzidas em recursos repetitivos está assentada no art. 927, § 3º, do CPC/2015: *"Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica"*.

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

- Solução do caso concreto:

Passo à etapa derradeira do voto, de aplicação do entendimento repetitivo ora proposto ao caso concreto que representa amostra recursal adequada da controvérsia.

No tocante à violação do princípio da legalidade, nos termos do art. 97 do CTN, a jurisprudência do STJ possui a firme orientação de que o conteúdo normativo previsto no dispositivo possui natureza constitucional, o que impede a apreciação pelo STJ, sob pena de usurpação da competência conferida ao Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PERÍCIA. COMPLEMENTAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO. DEFICIÊNCIA. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXAME. INADEQUAÇÃO.

1. Inexiste ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015 quando o Tribunal de origem se manifesta de modo fundamentado acerca das questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. A necessidade de complementação da perícia a justificar a alegada ocorrência de cerceamento do direito de defesa, além de não ter sido adequadamente explicada no recurso especial, foi afastada pela Corte de origem com o fundamento na existência de outros elementos probatórios suficientes para amparar o juízo de convicção do magistrado, cuja revisão pressupõe inadequado reexame de prova. Incidência, no ponto, dos óbices estampados nas Súmulas 284 do STF e 7 do STJ, respectivamente.

3. Hipótese em que o Tribunal a quo assentou que o lançamento impugnado não decorreu de mera presunção do fisco e que a prova pericial produzida nos autos não foi favorável à contribuinte, registrando expressamente que a ela não apresentou os documentos solicitados pelo expert para verificar a existência dos alegados créditos aproveitados extemporaneamente, de modo que a revisão dessa compreensão, por exigir reexame de prova, esbarra no óbice da Súmula 7 do STJ.

4. "Este Tribunal Superior tem firme posicionamento pela natureza constitucional da tese de violação do art. 97 do CTN, tendo em vista reproduzir a norma do art. 150 da Constituição Federal" (AgInt no REsp 1.634.773/RS, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 25/9/2018, DJe de 25/10/2018.).

5. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp n. 1.921.376/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 26/9/2022, DJe de 3/10/2022 - sem destaque no original.)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. APELO NOBRE. RAZÕES. DEFICIÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284 DO STF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. APRECIÇÃO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA MANTER O ACÓRDÃO RECORRIDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO STF.

1. A admissibilidade do recurso especial reclama a indicação clara dos dispositivos tidos por violados, bem como a exposição das razões pelas quais o acórdão teria afrontado cada um deles, não sendo suficiente a mera alegação genérica. O inconformismo apresenta-se deficiente quanto à fundamentação, o que impede a exata compreensão da controvérsia (enunciado 284 da Súmula do STF).

2. É firme a jurisprudência do STJ em relação à impossibilidade de análise, na via estreita do recurso especial, da tese de contrariedade ao art. 97 do CTN, uma vez que a norma infraconstitucional é simples reprodução do dispositivo constitucional tradutor do princípio da legalidade tributária. Precedentes.

3. Ausente a impugnação a fundamento suficiente para manter o acórdão combatido, o especial não merece ser conhecido, por lhe faltar interesse recursal. Inteligência do enunciado 283 da Súmula do STF, aplicável, por analogia, ao apelo nobre.

4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp n. 1.939.020/SP, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 17/12/2021 - sem destaque no original.)

Não é aplicável a esta controvérsia a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706 pois no recurso extraordinário, foi analisada a base de cálculo do PIS e da COFINS (conceito de receita e faturamento), concluindo pela exclusão do ICMS desse conceito. A controvérsia dos autos trata da base de cálculo do ICMS que, conforme exposto, nos termos do artigo 13 da LCP 87/96, corresponde ao valor da operação que constitui o fato gerador do imposto.

Passo à análise da alegação de violação do artigo 13 da Lei Complementar 87/96 que dispõe sobre a base de cálculo do ICMS, que teria sido indevidamente alargada, em violação ao artigo 110 do CTN e é a questão objeto da controvérsia.

Como exposto no relatório, a questão controvertida foi sintetizada na seguinte proposição: *"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"*.

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.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, a ele nego provimento.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2023/0253805-8

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.091.202 / SP

Número Origem: 10365298120228260114

PAUTA: 11/12/2024

JULGADO: 11/12/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO SÉRGIO DOMINGUES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DARCY SANTANA VITO BELLO

Secretária

Bela. MARIANA COUTINHO MOLINA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
RECORRENTE : NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS S/A
ADVOGADO : JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR - SP142452
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CONRADO LUIZ RIBEIRO SILVA BARROS - SP464149

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

SUSTENTAÇÃO ORAL

Proferiu sustentação oral a Dra. ANA CRISTINA DE CASTRO FERREIRA, pela parte RECORRENTE: NORTEL SUPRIMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.

Assistiu ao julgamento o Dr. RODRIGO TRINDADE CASTANHEIRA MENICUCCI, pela parte RECORRIDA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Seção, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Foi aprovada, por unanimidade, a seguinte tese jurídica no tema 1223:

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.

Os Srs. Ministros Teodoro Silva Santos, Francisco Falcão, Maria Thereza de Assis Moura, Benedito Gonçalves, Marco Aurélio Bellizze, Sérgio Kukina e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Afrânio Vilela.

C50251202/2023

2023/0253805-8 - REsp 2091202

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2023/0253805-8

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.091.202 / SP

 2023/0253805-8 - REsp 2091202