

CBS/IBS na base de cálculo do ICMS e o leading case favorável ao contribuinte: a liminar concedida pela 16ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo

O que o Judiciário já disse, o que a Emenda Cidadã diz a mais, e por que a autoridade que insiste na tese fica submetida à responsabilidade funcional e pessoal pelo seu ato.

Eurico Marcos Diniz de Santi, Advogado, Parecerista, Consultor, Mestre, Doutor (PhD), Professor FGV, Prêmio Jabuti, Fundador do CCiF e do NEF/FGV, e co-autor intelectual da PEC45 (Emenda Constitucional 132): Reforma Tributária do Brasil.

Proposta de texto em construção que submeto à análise e à avaliação dos meus pares para efeito de debate, crítica, aperfeiçoamento, sugestões e controle dos argumentos aqui utilizados: observações e críticas podem ser enviadas para meu whatsapp whatsapp (+5511991133780) ou para o meu email eurico.santi@euricosanti.adv.br - com a linha de assunto "Revisão + título do texto".

1. O julgado: Mandado de Segurança 1138866-98.2026.8.26.0053

Em 9 de setembro de 2026, o juiz Márcio Ferraz Nunes, da 16ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, deferiu liminar em mandado de segurança preventivo impetrado por Privalia Brasil S.A., varejista de comércio eletrônico, contra o Coordenador da Coordenadoria de Fiscalização, Cobrança, Arrecadação, Inteligência de Dados e Atendimento (CFIS) e o Diretor de Fiscalização de São Paulo (DIFIS).¹ A decisão assegura à impetrante o direito de, a partir da efetiva exigibilidade da CBS e do IBS e enquanto perdurar a coexistência desses tributos com o ICMS, apurar e recolher o imposto estadual sem a inclusão dos montantes de IBS e CBS em sua base de cálculo, com suspensão da exigibilidade do crédito correspondente (art. 151, IV, do CTN) e ordem para que as autoridades se abstenham de lançar, autuar, negar certidão ou inscrever em dívida ativa com fundamento exclusivo nessa não inclusão.

O ato coator não é uma autuação: é uma interpretação. A impetrante apontou as Respostas às Consultas Tributárias 32.303/2025 e 33.083/2026 da Sefaz-SP, pelas quais a Administração paulista fixou que, embora desonerados em 2026, o IBS e a CBS "a partir de 2027" integrarão automaticamente a base do ICMS por comporem o valor da operação. O juízo reconheceu o cabimento da via preventiva com apoio

¹TJSP, 16ª Vara da Fazenda Pública, Mandado de Segurança Cível 1138866-98.2026.8.26.0053, Impetrante Privalia Brasil S.A., Juiz Márcio Ferraz Nunes, decisão de 9 de setembro de 2026, liberada nos autos em 10 de setembro de 2026, fls. 82 a 85.

em precedente da 3ª Câmara de Direito Público do TJSP: a resposta à consulta tem efeito vinculante para as autoridades fazendárias e delinea "ameaça concreta e iminente de autuação". A primeira lição do julgado é essa: a resposta à consulta, que a Sefaz apresenta como mero esclarecimento, é ato com força suficiente para ser atacado antes de produzir a lesão.

No mérito, a decisão assenta a plausibilidade do direito em cinco fundamentos encadeados. Primeiro, a estrita legalidade e a tipicidade fechada: art. 150, I, da Constituição e art. 97, IV e § 1º, do CTN, segundo os quais a definição e qualquer alteração que torne mais onerosa a base de cálculo dependem de lei. Segundo, a reserva de lei complementar para a base de cálculo dos impostos (art. 146, III, "a", da Constituição), que no ICMS é o art. 13 da LC 87/1996, com a base definida como o valor da operação. Terceiro, e este é o núcleo, o silêncio eloquente do legislador complementar: a LC 227/2026, ao adaptar a Lei Kandir à reforma, acrescentou ao § 1º do art. 13 apenas o inciso III, para dizer que a partir de 1º de janeiro de 2027 somente o valor do Imposto Seletivo integra a base do ICMS. Nas palavras do juízo, "quando houve a intenção de incluir uma das novas exações instituídas pela Reforma Tributária na base do imposto estadual, a norma o fez de modo específico e restrito"; não há autorização nem na EC 132, nem na LC 214, nem na LC 87. A pretensão de incluir "a pretexto de mera interpretação do termo valor da operação" traduz "indevida ampliação da base de cálculo sem suporte em lei complementar nacional", em ofensa aos arts. 97, IV e § 1º, e 110 do CTN.

Quarto, a arquitetura do novo sistema: neutralidade, simplicidade, transparência e vedação à cumulatividade em cascata; o IBS e a CBS "foram expressamente desenhados como tributos cobrados por fora do preço", com exclusão do ICMS de suas bases e com o mecanismo de segregação e repasse direto aos entes credores via *split payment*. Quinto, a natureza dos valores recolhidos a título de IBS e CBS: eles "configuram mera receita dos entes federativos credores, transitando de maneira temporária pela contabilidade da impetrante, sem representar ingresso mercantil definitivo ou valor próprio da mercadoria vendida", em consonância com a lógica que veda a tributação de ingressos transitórios, invocada pela impetrante por analogia ao Tema 69 do STF. O perigo da demora foi reconhecido na iminência de 2027 e na necessidade de parametrizar sistemas emissores, precificação e planejamento contábil.

É, até onde se tem notícia, a primeira decisão judicial favorável ao contribuinte sobre o tema. Decisão de primeiro grau, liminar, com efeito restrito à impetrante; mas decisão que fixa, com precisão de relógio, a tese que os próximos mandados de segurança vão repetir.

2. O que eu havia sustentado: a Nota Técnica XXIX e o artigo sobre a Resposta à Consulta 33.083/2026

Em julho de 2025, na Nota Técnica XXIX do CCI-F, chamei de absurdo jurídico a tese econômica que pretende incluir o IBS e a CBS na base de cálculo do ICMS e do ISS.² Em fevereiro de 2026 a tese voltou com carimbo, na Resposta à Consulta 33.083/2026 da Sefaz-SP, e a ela dediquei o texto final da tetralogia das cláusulas pétreas, "Cidadania, Feudalismo Fiscal e a Nova República da Emenda Cidadã", ainda inédito quando a liminar foi proferida.³ Os argumentos cabem em sete proposições.

Primeira, a norma de clausura do direito público. Em direito público, tudo o que não está expressamente permitido é proibido. Competência se prova por norma que atribui, não por ausência de norma que proíba. A Sefaz argumenta que "não há qualquer vedação específica" à inclusão: é *argumentum ad ignorantiam*, e é a confusão, na gramática de Alchourrón e Bulygin, entre permissão fraca (mera ausência de proibição) e permissão forte (norma que atribui). A própria Constituição confirma o método: foi preciso a EC 33/2001 escrever no art. 155, § 2º, XII, "i", que o ICMS integra a própria base. Para o próprio ICMS exigiu-se autorização expressa; para a CBS e o IBS ela não existe.

Segunda, a falsa analogia com o PIS e a COFINS. Substituir a função de um tributo não é herdar o seu regime. PIS e COFINS entravam na base do ICMS porque eram tributos por dentro, embutidos e invisíveis; a CBS e o IBS nascem, por definição constitucional, fora do preço (art. 156-A, § 1º, IX; art. 195, § 17), e não integram sequer a própria base. Quem lê o novo com o dicionário do velho não interpreta; ressuscita.

Terceira, os arts. 128 e 130 do ADCT são disciplina exaustiva, não cláusula geral de preservação de receita. A Sefaz diz que excluir os novos tributos da base "reduziria artificialmente" a arrecadação, "nos termos dos artigos 128 e 130 do ADCT". É o contrário: a existência de mecanismos constitucionais de preservação da receita (redução do ICMS em frações certas; alíquota de referência do IBS calculada pelo TCU e fixada pelo Senado "de forma a compensar" a perda; teto pela média de 2012 a 2021) exclui todas as demais técnicas. Se a saída do PIS e da COFINS da base do ICMS reduz arrecadação, a redução entra no cálculo do TCU

²CENTRO DE CIDADANIA FISCAL. Nota Técnica XXIX: O absurdo jurídico da tese econômica que pretende incluir o IBS e a CBS na base de cálculo do ICMS e do ISS. São Paulo: CCI-F, julho de 2025.

³SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Cidadania, Feudalismo Fiscal e a Nova República da Emenda Cidadã: texto final da tetralogia das cláusulas pétreas, analisando a Resposta à Consulta 33.083/2026 da Sefaz-SP. Estudo em homenagem a Jorge Caldeira. Portal da Reforma Tributária, 2026 (versão 10, inédita à data da decisão).

e volta ao Estado pela alíquota de referência, à luz do dia. O raciocínio da consulta é afirmação do consequente vestida de *argumentum ad consequentiam*, com petição de princípio no advérbio "artificialmente".

Quarta, o silêncio sobre o art. 145, § 3º. A resposta não menciona uma só vez os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária e da cooperação, que operam como ônus de fundamentação de toda interpretação que pretenda continuar a valer. A tese falha nos quatro: acrescenta tributo sobre tributo, esconde na base do ICMS um tributo que a Constituição mandou destacar, devolve a cascata ao consumidor final e decide sozinha o que a nova Federação manda decidir em conjunto.

Quinta, a Federação cooperativa já respondeu. O mapeamento das 27 unidades federadas mostra que apenas cinco declararam a inclusão a partir de 2027; vinte e dois de vinte e sete entes não adotaram a tese, e Santa Catarina revogou a posição pró-inclusão que adotara.⁴ Na Federação do art. 156-B, com Comitê Gestor paritário e regulamento único, um sócio não decide por vinte e sete.

Sexta, a assombração. Em dezembro de 1988 o Confaz sobrepôs o Convênio ICMS 66/88 à não cumulatividade plena da Constituição, e o provisório governou por quase oito anos. A Resposta à Consulta é a mesma dependência de trajetória com data nova: o Executivo redefinindo a base de cálculo por ato interpretativo, quando o art. 97, § 1º, do CTN equipara à majoração "a modificação da sua base de cálculo que importe em torná-lo mais oneroso" e o art. 150, I, da Constituição, exige lei. Freud chamou de *unheimlich* o que deveria estar recalcado e insiste em voltar sob outra forma; a Constituição recalcou o tributo por dentro, e ele retorna disfarçado de "valor da operação".

Sétima, as cláusulas pétreas. A EC 132 fortaleceu os quatro incisos do art. 60, § 4º: a Federação cooperativa, o voto informado pelo tributo por fora, o império da legalidade e os direitos e garantias da não cumulatividade plena. Se em 2019 a tese tivesse sido debatida no Congresso, ainda seria possível escrever no texto constitucional que a CBS integra a base do ICMS. Hoje é impossível, sequer por emenda (art. 60, § 4º, II, III e IV). Uma resposta à consulta não emenda a Constituição; e a tentativa sequer passaria no exame de admissibilidade de uma PEC.

⁴Mapeamento de Eduardo Borges (GETAP) a partir dos atos normativos e manifestações das 27 Secretarias de Fazenda até março de 2026, referido no artigo citado na nota anterior.

3. Comparação: onde o julgado e o presente artigo convergem, e onde a Emenda Cidadã vai além

A liminar e o presente artigo chegam ao mesmo resultado por rotas parcialmente coincidentes. Os pontos de contato são três, e os pontos em que o artigo avança são quatro.

Questão	Liminar da 16ª Vara da Fazenda Pública	Nota Técnica XXIX e o presente artigo
Fundamento central	Estrita legalidade e reserva de lei complementar (art. 150, I; art. 146, III, "a", da Constituição; art. 97, IV e § 1º, e art. 110 do CTN).	Norma de clausura do direito público: competência exige permissão forte; a ausência de vedação não atribui competência (Alchourrón e Bulygin).
Leitura da LC 227/2026	Silêncio eloquente: o inciso III do art. 13, § 1º, da LC 87 incluiu só o Imposto Seletivo.	Argumento <i>a contrario</i> feito na direção certa: a inclusão de um tributo por norma específica confirma que os demais dependem de autorização própria, como a EC 33/2001 provou para o próprio ICMS.
Natureza dos novos tributos	Tributos por fora, com <i>split payment</i> ; valores em trânsito, "mera receita dos entes credores", por analogia ao Tema 69.	Tributo por fora por definição constitucional (art. 156-A, § 1º, IX e art. 195, § 17, da Constituição); a analogia com PIS/COFINS é falsa porque o regime é outro.
Preservação de receita (ADCT, arts. 128 e 130)	Não enfrentada.	Disciplina exaustiva: TCU calcula, Senado fixa teto de 2012 a 2021; a alíquota de referência é a única via de compensação, o que exclui a via interpretativa.
Art. 145, § 3º (simplicidade, transparência, justiça, cooperação)	Mencionado como princípio do novo sistema.	Ônus de fundamentação que a resposta à consulta não cumpre.
Federação cooperativa	Não enfrentada.	Vinte e dois de vinte e sete entes não adotaram a tese; um sócio não decide pelo Comitê Gestor (art. 156-B, da Constituição).

Questão	Liminar da 16ª Vara da Fazenda Pública	Nota Técnica XXIX e o presente artigo
Cláusulas pétreas e art. 1º	Não enfrentadas.	A inclusão é impossível sequer por emenda (art. 60, § 4º, II, III e IV, da Constituição); o titular do direito violado é o povo, contribuinte de fato.
Consequência para a autoridade	Ordem de abstenção de lançamento, autuação e restrição cadastral.	Responsabilidade funcional pessoal de quem legisla por gabinete (art. 142, parágrafo único, do CTN).

As convergências são substanciais. O juízo chamou de "silêncio eloquente" o que eu chamei de permissão forte: dois nomes para a mesma regra de fechamento do direito público, segundo a qual a competência tributária não se presume. O juízo chamou de "tributos cobrados por fora do preço" o que eu chamei de tributo republicanamente separado do valor da mercadoria: em ambos os casos, a consequência é que o IBS e a CBS não são valor da operação, porque a Constituição os pôs ao lado dela. E o juízo tratou a resposta à consulta como ato coator vinculante: exatamente o ponto de partida do meu artigo, segundo o qual uma resposta a consulta não é esclarecimento, é legislação de gabinete.

As diferenças não são divergências; são camadas. A liminar decide no plano da legalidade, e decide bem: para conceder a segurança bastava demonstrar que não há lei, e o juízo o demonstrou. O artigo decide no plano da Constituição, e pergunta o que a liminar não precisava perguntar: se houvesse lei, ela valeria? A resposta é não, e é aqui que o caso deixa de ser um problema de Lei Kandir e se torna um problema de República. A primeira camada adicional é o ADCT: a Sefaz invoca os arts. 128 e 130 do ADCT como se fossem cláusula geral de preservação de receita, e a liminar não os enfrenta; o artigo mostra que eles são a disciplina exaustiva da compensação, e que a existência da alíquota de referência calculada pelo TCU exclui qualquer técnica interpretativa com o mesmo fim. A segunda é a Federação: a liminar olha para São Paulo; o artigo olha para os 26 Estados e o Distrito Federal e mostra que a tese é posição minoritária em um sistema que não admite decisão unilateral. A terceira é o art. 145, § 3º, como ônus argumentativo positivo, e não como adorno. A quarta é a mais importante, e está na seção seguinte.

Há um ponto em que a liminar vai mais longe do que eu fui, e merece registro. Ao qualificar os valores de IBS e CBS como "mera receita dos entes federativos credores", em trânsito temporário pela contabilidade da impetrante, o juízo

transportou para o ICMS a ratio do Tema 69 do STF. Na Nota Técnica XXIX, o RE 574.706 aparece como advertência sobre o contencioso que a tese multiplicaria; na liminar, aparece como fundamento. É um passo ousado, porque o Tema 69 tratou da base do PIS e da COFINS, receita, e não da base do ICMS, valor da operação. Mas é um passo coerente com o *split payment*: um valor que a instituição de pagamento segrega e entrega diretamente ao ente credor, sem passar pelo caixa do vendedor, é o exemplo mais puro de ingresso que não é receita nem valor de mercadoria. O constituinte fez do *split payment* a prova material de que o tributo não é preço.

4. Conclusão: incompetência absoluta e responsabilidade funcional e pessoal da autoridade coatora

A conclusão é dupla, e a segunda parte é a que ainda não foi dita pelo Judiciário.

Primeiro, a incompetência. A liminar diz que não há lei que autorize a inclusão. O artigo diz mais: não pode haver. Uma lei estadual não pode fazê-lo, porque a base de cálculo dos impostos é reserva de lei complementar nacional (art. 146, III, "a", da Constituição), e porque a lei complementar que trata da matéria, a LC 87/1996 alterada pela LC 227/2026, disse expressamente o que entra na base e calou sobre o IBS e a CBS. Uma lei complementar não pode fazê-lo, porque o art. 156-A, § 1º, IX, e o art. 195, § 17, ambos da Constituição, retiraram o IBS e a CBS do preço por comando constitucional, e uma lei complementar que os devolvesse à base de outro tributo estaria reintroduzindo, por via oblíqua, o tributo por dentro que a Constituição proibiu. E uma emenda constitucional não pode fazê-lo, porque a EC 132 fortaleceu as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, II, III e IV, da Constituição: restaurar o tributo em tocaia dentro da base do ICMS retira do eleitor a informação que qualifica o voto, usurpa a função legislativa com um ato de gabinete e suprime o direito concretizado à não cumulatividade plena. A inclusão da CBS e do IBS na base do ICMS não é uma tese jurídica minoritária. É uma impossibilidade jurídica em três graus: infraconstitucional, complementar e constitucional.

Segundo, a responsabilidade. Servidores públicos não têm poder; têm competências delimitadas. A Constituição de 1988 abre com a regra de que todo o poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único), e a EC 132 deu a essa regra a sua forma tributária: quem paga o IBS e a CBS é o adquirente final, o cidadão-eleitor-contribuinte, e o tributo é destacado na nota para que ele veja quanto paga e a quem. A autoridade fazendária que, por resposta à consulta, manda incluir na base do ICMS um tributo que a Constituição mandou destacar por fora não está interpretando a lei: está legislando sem mandato, contra o texto constitucional e contra o titular do poder de que a sua competência deriva. O Código Tributário Nacional já previa a

consequência antes mesmo da Emenda: "a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional" (art. 142, parágrafo único). Vinculada à lei; e onde não há lei, não há lançamento válido, e o agente que o pratica, ou que o determina por orientação vinculante, responde pessoalmente por ele.⁵

Essa responsabilidade não é retórica de encerramento. É a consequência lógica de três premissas que a Emenda Cidadã tornou direito positivo. A primeira: a cidadania fiscal é limite constitucional ao poder de tributar, condição de validade do próprio exercício da competência, como demonstrou Laura Campedelli a partir dos §§ 3º e 4º do art. 145 e dos novos arts. 156-A e 195, V, todos da Constituição. A segunda: as quatro reformas veiculadas pela EC 132, federativa, do voto, da legalidade e dos direitos, reconstituíram de fato e de direito a República no Brasil, e o que fortaleceu cláusula pétrea integra o núcleo que o art. 60, § 4º, da Constituição protege. A terceira: o destinatário de toda distorção na implementação do Sistema CBS/IBS não é a empresa, integralmente protegida pela não cumulatividade e pela neutralidade, mas o povo, contribuinte de fato e titular único do poder. Quem viola a primeira premissa exerce competência que não tem; quem viola a segunda atenta contra a Constituição; quem viola a terceira lesa o soberano. A autoridade infratora responde pelas três, e responde pessoalmente, porque a competência é dela, o ato é dela e o povo, de quem o poder emana, não a autorizou.

A liminar da 16ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo disse ao Fisco paulista que não há lei. A Emenda Cidadã diz o resto: não pode haver, nem por lei estadual, nem por lei complementar, nem por emenda; e quem insistir em cobrar sem lei o que a Constituição proibiu cobrar não estará exercendo o poder de tributar, que pertence ao povo, mas usurpando-o. O ICMS morre em 2033. A Resposta à Consulta 33.083/2026 quer que ele morra assombrando. A Justiça de São Paulo acaba de acender a primeira luz do corredor.

Eurico Marcos Diniz de Santi

Advogado, Parecerista, Consultor, Mestre, Doutor (PhD), Professor FGV, Prêmio Jabuti, Fundador do CCiF e do NEF/FGV, e co-autor intelectual da PEC45 (Emenda Constitucional 132): Reforma Tributária do Brasil.

⁵Sobre o dever funcional de recusar a aplicação de orientação manifestamente inconstitucional e sobre a responsabilidade pessoal do agente que lança sem lei, ver SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; e SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CORRÊA, André Rodrigues. *Transparência e Legalidade como Estratégias de Valorização da Atividade da Autoridade Tributária*. São Paulo: Max Limonad, 2019. No plano penal, o excesso de exação (art. 316, § 1º, do Código Penal) é o limite exterior, que exige dolo; a responsabilidade funcional do art. 142 do CTN não o exige.