



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000289553

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010829-72.2024.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante TERMOTÉCNICA LTDA., é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª 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 CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente sem voto), DÉCIO NOTARANGELI E OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 26 de março de 2025.

PONTE NETO
relator
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 30.246

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1010829-72.2024.8.26.0037

COMARCA: Araraquara — 1ª Vara da Fazenda Pública

APELANTE: Termotécnica Ltda.

APELADO: Estado de São Paulo

INTERESSADO: Delegado da Delegacia Regional Tributária de Araraquara (DRT 15)

APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO TRIBUTÁRIO – PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DO PIS E DA COFINS DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS – Descabimento da alegação de que o processo deve ser mantido suspenso até o julgamento definitivo dos recursos repetitivos referentes ao Tema nº 1.223 do STJ – Entendimento do C. STJ de que é desnecessário aguardar o trânsito em julgado para aplicação da tese firmada em julgamento de recurso repetitivo ou repercussão geral – Manutenção da r. sentença que denegou a segurança – Aplicação da tese fixada no julgamento do Tema nº 1.223 do STJ, no sentido de que "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" – Inaplicabilidade do quanto decidido pelo E. STF no julgamento do Tema nº 69 (RE nº 574.706/PR) – Repercussão geral que versa sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, e não o contrário – Precedentes desta C. Corte de Justiça – **Recurso desprovido.**

1. Trata-se de mandado de segurança preventivo, impetrado por **TERMOTÉCNICA LTDA.** contra ato a ser praticado pelo **DELEGADO DA DELEGACIA REGIONAL TRIBUTÁRIA DE ARARAQUARA (DRT 15)**, objetivando que lhe seja assegurado o direito de excluir, da base de cálculo do ICMS, os valores das contribuições PIS e COFINS, declarando-se o direito de retificar a apuração do imposto, permitindo a escrituração dos créditos decorrentes dos valores recolhidos a maior, no prazo quinquenal anterior ao ajuizamento da ação, para

compensação de débitos.

O Ministério Público manifestou, às fls. 94, ausência de interesse de intervenção no processo.

A r. sentença de fls. 95/99, cujo relatório se adota, denegou a segurança, sob o fundamento de que o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que é legítima a inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS porque trata de um repasse econômico que integra o valor da operação.

A impetrante interpôs a apelação cível de fls. 111/120, alegando, preliminarmente, que o processo deve ser mantido sobrestado até que seja proferida a decisão final do Tema de Recursos Repetitivos nº 1.223. Quanto ao mérito, sustenta que, ao vender uma mercadoria, o valor obtido contempla os tributos incidentes sobre tal operação, como o ICMS (cujo critério material da RMIT é a “circulação de mercadoria”); o IPI, quando aplicável (cujo critério material da RMIT é a “operação com produto industrializado”); e as contribuições sociais ao PIS e à COFINS (cujo critério material da RMIT consiste em “auferir receita”). Assim, o montante auferido representa um único ingresso no seu caixa, de modo que dele advêm os recursos para o adimplemento de todos os tributos elencados, não significando que esse mesmo valor servirá de base de cálculo para os quatro tributos. Afirma que a inclusão de um tributo na base de cálculo de outro não reflete adequadamente uma materialidade tributável, dado que o tributo é recolhido ao Estado, em sentido amplo, não caracterizando, portanto, um signo presuntivo de riqueza do próprio contribuinte, raciocínio que serviu de pano de fundo do julgamento do tema nº 69 do STF, o qual decidiu que o ICMS destacado na operação, recebido na venda de uma mercadoria, e que apenas transita na contabilidade do contribuinte para ser destinado ao Estado, não conforma as materialidades de receita ou faturamento delineadas na Constituição Federal, não podendo,

desse modo, compor a base de cálculo do PIS e da COFINS. Explica que, ao mesmo tempo que a Lei Complementar nº 87/96 autorizou expressamente a inclusão de outros tributos na base de cálculo do ICMS em algumas situações específicas, como a inclusão do IPI nas vendas ao consumidor final, nada prevê quanto à inclusão das mencionadas contribuições nas operações de circulação de mercadorias no mercado interno. Destaca que há diretriz constitucional muito clara a respeito da necessidade de disposição expressa em lei complementar, acerca dos elementos que devem compor a base de cálculo do ICMS.

Recurso tempestivo, preparado às fls. 121/122 e respondido às fls. 130/139.

É o relatório.

2. Em primeiro lugar, vale dizer que, a despeito da ausência de trânsito em julgado da decisão referente ao Tema nº 1.223 do STJ, trata-se de julgamento sob a temática dos recursos repetitivos, cuja observância da tese é obrigatória, de acordo com o art. 927, III, do CPC:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

Neste contexto, anotam-se decisões do C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CAUSAS EM QUE A FAZENDA PÚBLICA FOR PARTE. FIXAÇÃO POR MEIO DE APRECIÇÃO EQUITATIVA QUANDO OS VALORES DA CONDENAÇÃO, DA CAUSA OU DO PROVEITO ECONÔMICO DA DEMANDA FOREM ELEVADOS.

IMPOSSIBILIDADE. TEMA 1.076/STJ.
OBSERVÂNCIA DOS PERCENTUAIS PREVISTOS
NO § 3º DO ART. 85 CPC/2015.

(...)

2. Este Tribunal Superior possui o entendimento de ser desnecessário aguardar trânsito em julgado para a aplicação do precedente firmado em recurso repetitivo ou em repercussão geral.

3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1844447 / SP, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 6.6.2023 – destaquei).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO EQUIVOCADA DA SÚMULA 182/STJ. ACOLHIMENTO DOS ACLARATÓRIOS PARA EXAME DO AGRAVO INTERNO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CAUSAS EM QUE A FAZENDA PÚBLICA FOR PARTE. PROVEITO ECONÔMICO ELEVADO. FIXAÇÃO POR EQUIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SISTEMÁTICA DOS REPETITIVOS (RECURSOS ESPECIAIS 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP E 1.906.618/SP - TEMA 1.076/STJ). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, A FIM DE EXAMINAR O MÉRITO DO AGRAVO INTERNO DE FLS. 3.945/3.948, E NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(...)

7. Logo, considerando que este Tribunal Superior possui o entendimento de que é desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do precedente firmado em recurso repetitivo ou em repercussão geral, torna-se despiciendo o sobrestamento e retorno dos autos à origem.

8. Embargos de declaração da Fazenda do Estado de São Paulo acolhidos a fim de conhecer do agravo interno de fls. 3.945/3.948 e negar-lhe provimento. (EDcl no AgInt no AREsp 1717878/SP, Rel. Min. Manoel Erhardt, 1ª Turma, j. 2.5.2022 – destaquei).

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO POR EQUIDADE. ALTO VALOR DA CAUSA. PRECEDENTE DO STJ JULGADO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS.

(...)

3. O acórdão proferido no julgamento de cada um dos Recursos Especiais acima indicados foi publicado no DJe de 31.5.2022, e, como consequência, tem-se que "As teses fixadas nos julgamentos vinculativos deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal

Federal podem ser aplicadas imediatamente nos feitos respectivos, ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado dos precedentes de observância obrigatória e mesmo na pendência de eventuais Aclaratórios. Precedentes do STJ e do STF." (AgInt nos EmbExeMS 6.318/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe de 3.9.2018.)

(...)

5. Agravo Interno não provido. (AgInt no REsp 2055267 / SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 21.8.2023 – destaquei).

3. O recurso não comporta provimento.

A impetrante requer que lhe seja assegurado o direito de não incluir os valores do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) na base de cálculo do ICMS.

O art. 155, II, § 2º, XII, "i", da Constituição Federal preceitua que cabe à lei complementar a fixação da 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. (destaquei)

Por sua vez, o art. 13, I e II, da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir) dispõe o seguinte:

“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;

(...)

§ 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.

Depreende-se do texto da lei complementar que a base de cálculo do ICMS corresponde ao valor da operação, abrangendo, além do próprio imposto, as demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição.

Pois bem.

O C. Superior Tribunal de Justiça consolidou, no recente julgamento do REsp nº 2.091.202/SP, referente ao Tema de Recursos Repetitivos nº 1.223, o entendimento de que o PIS e a COFINS devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS porque são repassados economicamente ao contribuinte, uma vez que não incidem diretamente sobre o valor final a ser cobrado do consumidor, e porque inexistente previsão legal autorizando a exclusão dessas contribuições:

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. (REsp n. 2.091.202/SP, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Seção, julgado em 11/12/2024, DJEN de 16/12/2024 – destaquei)

Não se olvida que o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 69 (RE nº 574.706/PR), fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15-03-2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO

DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Todavia, não cabe a aplicação desse entendimento ao caso concreto, uma vez que, diversamente, trata da exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS, conforme fundamentado pelo v. acórdão do REsp nº 2.091.202/SP, que deu origem à tese fixada quanto ao Tema nº 1.223 do STJ:

“(...)

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.

(...)”

Nesse sentido, este E. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – BASE DE CÁLCULO – Inclusão dos valores devidos à título de PIS e de COFINS – Possibilidade – Legalidade e constitucionalidade da inclusão dos valores referentes ao PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS, eis que tal imposto incide sobre o valor total da operação e não sobre o valor agregado – Inaplicabilidade da tese fixada pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 574.706/PR (Tema 69), segundo a qual é inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e não o contrário – Sobrestamento – Tema 1223 do C. STJ – Determinação de suspensão se restringe aos Recursos Especiais e aos Agravos em Recursos Especiais na segunda instância e/ou no Superior Tribunal de Justiça – Descabimento – Manutenção da denegação da ordem – Precedentes do Eg. STJ e desta C. Câmara e Corte de Justiça – Recurso improvido. (Apelação Cível nº 1058099-55.2024.8.26.0114; Relator: Des. Rebouças de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/03/2025; Data de Registro: 21/03/2025)

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. INCLUSÃO DO

PIS-COFINS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. RECURSO IMPROVIDO. I. Caso em Exame Recurso de apelação interposto contra r. sentença que denegou segurança em mandado de segurança visando a exclusão do PIS-COFINS da base de cálculo do ICMS. A impetrante alega a necessidade de suspensão do processo até o trânsito em julgado do Tema 1.223 do STJ e que a inclusão do PIS-COFINS na base de cálculo do ICMS viola o princípio da capacidade contributiva. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em (i) a legalidade da inclusão do PIS-COFINS na base de cálculo do ICMS e (ii) a possibilidade de suspensão do processo até o trânsito em julgado do Tema 1.223 do STJ. III. Razões de Decidir 3. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o PIS e a COFINS são repassados ao consumidor final de forma econômica, integrando o valor da operação base de cálculo do ICMS. 4. Não há previsão legal específica para a exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS, conforme entendimento fixado no Tema 1.223 do STJ. 5. O artigo 1.040, inciso III, do Código de Processo Civil, determina o prosseguimento dos processos pendentes a partir da publicação do acórdão paradigma, não sendo necessária se aguardar o trânsito em julgado do Tema 1.223. IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso desprovido. Tese de julgamento: 1. A inclusão do PIS e da Cofins na base de cálculo do ICMS é legal, configurando repasse econômico. 2. Não é necessária a suspensão do processo até o trânsito em julgado do acórdão paradigma de recurso repetitivo. (Apelação Cível nº 1058189-63.2024.8.26.0114; Relator: Des. Souza Nery; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/03/2025; Data de Registro: 20/03/2025)

Mandado de Segurança – Pretensão de exclusão do PIS e da Cofins da base de cálculo do ICMS – Impossibilidade – Legislação tributária que define ser o "valor da operação" a base de cálculo do tributo, esta composta por importâncias pagas, recebidas ou debitadas – Inaplicáveis as razões de decidir expostas pelo STF no Tema nº 69 – A exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins não leva à exclusão destes tributos da base de cálculo do ICMS – Sentença mantida – Recurso não provido. (Apelação Cível nº 1058187-93.2024.8.26.0114; Relator: Des. Magalhães Coelho; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/03/2025; Data de Registro: 19/03/2025)

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. O PIS e a COFINS integram a base de cálculo do ICMS, pois trata-se de mero repasse econômico, que compõe o valor da operação. Questão que não se confunde com o decidido pelo STF no julgamento do RE nº 574.706 (Tema nº 69), que versa sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, e não o contrário. Ausência de direito líquido e certo da impetrante. Sentença denegatória da segurança mantida. Recurso não provido. (Apelação Cível nº 1022212-86.2022.8.26.0564; Relator: Des. Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de São Bernardo do Campo - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/03/2025; Data de Registro: 13/03/2025)

Assim, de rigor a manutenção da r. sentença que denegou a segurança.

4. Por fim, considera-se questionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se a jurisprudência consagrada, inclusive no C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, para fins de interposição de recursos às Cortes Superiores, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

5. Ante o exposto, **nego provimento ao recurso.**

PONTE NETO
Relator