

Registro: 2025.0000300183

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1096517-51.2024.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SHOULDER INDUSTRIA E COMERCIO DE CONFECÇÕES LTDA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª 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 ANA LIARTE (Presidente sem voto), RICARDO FEITOSA E OSVALDO MAGALHÃES.

São Paulo, 27 de março de 2025.

MAURÍCIO FIORITO

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Cível nº 1096517-51.2024.8.26.0053

Apelante: Shoulder Industria e Comercio de Confecções Ltda

Apelado: Estado de São Paulo

Interessado: Coordenador da Coordenadoria Fiscalização, Cobrança, Arrecadação, Inteligência de Dados e Atendimento da Secret da Fazen

Comarca: São Paulo

Voto nº 23.980

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – 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 – Tema 1223 do STJ não julgado definitivamente - Desnecessidade de aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em sede de recurso repetitivo ou de repercussão geral - Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal de Justiça – Sentença mantida – **Recurso improvido.**

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Shoulder Industria e Comercio de Confecções Ltda.** em face da r. sentença de fls. 199/201 que, nos autos do mandado de segurança¹ objetivando a exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS, bem como reconhecimento do direito à restituição dos pagamentos a maior, **denegou a segurança.** Sem condenação em honorários advocatícios.

Sustenta a apelante, em síntese, a necessidade de reforma da sentença para reconhecer o direito da impetrante de exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS, notadamente pelo fato de que estes não

¹ Valor da causa de R\$ 585.487,60 em 10/12/2024.

têm qualquer vínculo com a operação de circulação de mercadorias (fls. 212/224).

Contrarrazões às fls. 229/244.

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO.

Cinge-se a controvérsia recursal acerca da possibilidade de exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS.

Conforme disposto no art. 155, inciso II e § 2º, inciso XII, alínea “i”, da Constituição Federal, cabe à lei complementar fixar a base de cálculo do ICMS:

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

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

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

Por sua vez, o art. 13, inciso I e § 1º, inciso II, alínea “a”, da Lei Complementar nº 87/96 assim estabeleceu acerca da base de cálculo do

ICMS:

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

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

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V 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.

§ 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.

Assim, verifica-se que a base de cálculo do ICMS engloba os custos envolvidos na operação, como é o caso do PIS e da COFINS, sendo certo que o dispositivo supracitado apenas exclui da base de cálculo do ICMS o IPI.

Além do mais, o C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de possibilidade de 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:

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 Cconvocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 17/12/2012). 3. Embargos de Declaração acolhidos sem efeito modificativo. (STJ. Segunda Turma. EDcl no AgRg no Recurso Especial nº 1.368.174 – MG. Rel. Ministro Herman Benjamin. Julgado em 19/05/2016).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESENÇA DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS E CONFINS 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.

(STJ. Segunda Turma. EDcl no REsp 1.336.985/MS. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 07/05/2013).

Por outro lado, no tocante ao Tema nº 69 do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que *“é o ICMS que não pode integrar a base de cálculo de PIS e COFINS, não o inverso, conforme Supremo Tribunal Federal, RE 574706, Tema 69, considerando que o valor dessas contribuições sociais é calculado sobre o faturamento, ou receita bruta obtida pelas empresas, que não contêm o ICMS na sua composição, art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998, entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706/PR²”*.

Nesse sentido, entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

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.

(TJSP; Apelação Cível 1034575-86.2022.8.26.0053; Relator (a): Magalhães Coelho; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 13ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/01/2023; Data de Registro: 24/01/2023).

² TJSP; Apelação Cível 1023604-76.2021.8.26.0053; Relator (a): Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/12/2022; Data de Registro: 14/12/2022.

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. POSSIBILIDADE. 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 C. Supremo Tribunal Federal 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. Segurança denegada na origem. Sentença mantida. Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Cível 1023604-76.2021.8.26.0053; Relator (a): Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/12/2022; Data de Registro: 14/12/2022).

APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA - PLEITO DE APURAÇÃO DO VALOR DO ICMS COM EXCLUSÃO DAS CONTRIBUIÇÕES DO PIS E COFINS. Precedentes desta Corte no sentido da legitimidade da inclusão do PIS e da Cofins na base de cálculo do ICMS. Sentença que denega a segurança mantida. Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Cível 1023858-60.2021.8.26.0114; Relator (a): Camargo Pereira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/11/2022; Data de Registro: 17/11/2022).

Quanto à não definitividade do julgamento do Tema nº 1.223 pelo C. STJ também não merece guarida a pretensão.

Primeiro porque na apreciação do Tema 1.223 da repercussão geral, o Superior Tribunal de Justiça firmou a seguinte tese jurídica: “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”.

Depois, não se sustenta pedido de sobrestamento do feito até o

julgamento definitivo do Tema nº 1.223 pelo C. STJ, pois a decisão afetando o REsp nº 2.091.202/SP ao regime de repetitividade determinou a suspensão do processamento apenas dos recursos especiais e agravos em recurso especial, nos processos pendentes que versem sobre a questão delimitada e em trâmite no território nacional (STJ, ^a Seção, ProAfR no REsp nº 2.091.202/SP, rel. Ministro Paulo Sérgio Domingues, j. em 29/11/2023, DJE 04/12/2023).

Além disso, o E. Superior Tribunal de Justiça, secundando orientação do Supremo Tribunal Federal, possui entendimento de que é desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em sede de recurso repetitivo ou de repercussão geral. Neste sentido, a exemplo, o posicionamento exarado pelas Instâncias Superiores:

“Direito Processual Civil. Agravo interno em reclamação. Aplicação imediata das decisões do STF. Desnecessidade de aguardar o trânsito em julgado. 1. As decisões proferidas por esta Corte são de observância imediata. Portanto, não é necessário aguardar o trânsito em julgado do acórdão paradigma para aplicação da sistemática da repercussão geral. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, em caso de decisão unânime” (STF - Rcl 30003 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe. 13/06/2018).

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS POR DECISÃO QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA E POSTERIORMENTE FOI REVOGADA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.401.560; TEMA N. 692. DESNECESSIDADE DE AGUARDAR-SE O TRÂNSITO EM JULGADO. I – A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para aplicação do paradigma firmado em recurso repetitivo. II - A Primeira Seção do Superior

Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema n. 692, vinculado ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.401.560/MT, firmou entendimento no sentido de que "a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos". III - A Primeira Seção do STJ, após o julgamento de embargos de declaração, manteve o entendimento de que a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver o benefício previdenciário indevidamente recebido. IV - Agravo interno improvido." (STJ - AgInt no REsp: 1622907 PR 2016/0228021-2, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 18/04/2017, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2017)

Isto posto, nego provimento ao recurso de apelação.

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos da Súmula 512 do STF.

DECIDO

Ante o exposto, pelo meu voto, **nega-se provimento ao recurso de apelação**, mantendo-se a sentença tal como lançada.

MAURICIO FIORITO

Relator