



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000341798

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2088627-72.2025.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante MESSAFER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 7 de abril de 2025.

EDUARDO PRATAVIERA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Agravo de Instrumento nº 2088627-72.2025.8.26.0000

Agravante: Messafer Indústria e Comércio Ltda. - Em Recuperação Judicial

Agravado: Estado de São Paulo

Origem: Setor de Execuções Fiscais da Comarca de Guarulhos

MM juiz prolator da decisão: Dr. Fernando de Lima Luiz

Voto nº 04878

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ EXECUTIVIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. PIS E COFINS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame. Agravo de instrumento interposto contra decisão que acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade, rejeitando o pedido de exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS, com base no entendimento do Tema 1223 do STJ.

II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em determinar a legitimidade da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS.

III. Razões de Decidir 3. A inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS é legal, pois representa mero repasse econômico que integra o valor da operação, conforme o art. 13, § 1º, da LC n. 87/1996. **4. Precedente vinculante do STJ (Tema nº 1223)** reconhecendo a legalidade da inclusão do PIS e da Cofins na base de cálculo do ICMS nas hipóteses em que a base de cálculo é o valor da operação, por configurar repasse econômico e a inaplicabilidade do entendimento do Tema 69 do STF.

IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso desprovido. Tese de julgamento: **1.** 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. **2.** Inaplicabilidade do entendimento do Tema 69 do STF, que trata sobre situação diversa.

Legislação Citada: CF/1988, art. 145, §1º; art. 155, II. Lei Complementar nº 87/1996, art. 8º, art. 13, §1º.

Jurisprudência Citada: STF, Tema 69; STJ, Tema 1223, de recurso repetitivo, EDcl no REsp 1.336.985/MS; TJSP Agravo de Instrumento 2031602-04.2025.8.26.0000; Agravo de Instrumento 2391968-67.2024.8.26.0000; Apelação Cível 1027253-55.2024.8.26.0114

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão de fls. 183/184, que acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade, apenas no tocante à taxa

SELIC e rejeitou o pedido de exclusão de PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS, considerando o entendimento firmado no julgamento do Tema 1223, de recurso repetitivo do STJ.

A agravante sustenta, em síntese, que a execução fiscal proposta em seu desfavor não merece prosperar nos termos apresentados, pois afirma ser incabível a incidência de PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS. Alega que o cômputo de PIS e COFINS na referida base de cálculo viola o art. 155, II, da CF e o art. 8º da Lei Complementar nº 87/1996, bem como o princípio da capacidade contributiva (art. 145, §1º, da CF). Argumenta que o valor da operação ou prestação que compõe a base de cálculo do ICMS não é compreendido pelos conceitos de faturamento e receita das contribuições sociais instituídos no art. 195, I da CF, de modo que o PIS e COFINS não poderiam compor a base de cálculo do ICMS. Aduz, ainda, que se aplica ao caso, por analogia, o quanto decidido no julgamento do RE nº 574.706/PR.

Efeito suspensivo indeferido às fls. 20/21

Contraminuta às fls. 29/39.

É o Relatório.

Deixa-se de aguardar o decurso do prazo para manifestação de eventual oposição ao julgamento virtual, uma vez que só o que justificaria a vedação de julgamento virtual seria o eventual cerceamento do direito de sustentação oral em sessão presencial e o art. 937, *caput* do CPC não elenca, em seus incisos, dentre os recursos nos quais pode haver sustentação oral, o agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que não versem sobre tutelas provisórias de urgência ou de evidência.

Outra não é a previsão do Regimento Interno desta Corte, como se vê do seu artigo 146, § 4º:

Ressalvada disposição legal em sentido contrário, não haverá sustentação oral nos julgamentos de embargos declaratórios, incidente de suspeição, conflito de competência, arquivamento de inquérito ou representação criminal, **e agravo, exceto no de instrumento referente às tutelas provisórias de urgência ou da evidência**, e no interno referente à extinção de feito originário prevista no art. 937, VI, do CPC. (g.n)

Neste sentido:

SUSTENTAÇÃO ORAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – Inadmissibilidade – Recurso interposto contra decisão que, em execução fiscal, indeferiu pedido de imediata amortização dos valores penhorados nos autos e determinou outras providências. – **Hipótese que não enseja sustentação oral em julgamento presencial – Observância dos artigos 937, inciso VIII, do Código de Processo Civil, e 146, § 4º, do Regimento Interno desta Corte – Possibilidade de julgamento virtual mesmo ante a oposição expressa da agravada.** EXECUÇÃO FISCAL – Reunião das ações no Juízo onde tramita a cobrança mais antiga (...) Agravo de instrumento parcialmente conhecido e, na parte conhecida, improvido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2175606-08.2023.8.26.0000; Relator (a): Fermino Magnani Filho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais - Vara das Execuções Fiscais Estaduais; Data do Julgamento: 04/08/2023; Data de Registro: 04/08/2023) (g.n)

A controvérsia está restrita à questão da incidência ou não do PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS.

O artigo 155, II, da CF prevê a consideração do montante da operação, e não da mercadoria ou o serviço, para a fixação da base de cálculo do ICMS. E, o respectivo § 2º, inciso XI, do dispositivo constitucional acima mencionado, ao versar sobre o ICMS, determina que cabe à lei complementar fixar a sua base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço (inciso XII, alínea 'i'), excluindo, apenas, o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), da respectiva base de cálculo do tributo Estadual

Nesse contexto, a Lei Complementar nº 87/1996 estabeleceu, em seu artigo 13, inciso I, que nas operações relativas à circulação de mercadorias, a base de cálculo do imposto é o valor da operação. O parágrafo 1º esclarece, ainda que integra a base de cálculo do imposto o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, e o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição e o frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

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

(...)

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

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

No mesmo sentido é a redação dos artigos 24 e 33 da Lei Estadual nº 6.374/1989 e dos artigos 37 e 49 do Decreto nº 45.490/2000. Desta forma, a base de cálculo do ICMS é o valor da operação, incluindo o próprio imposto e as demais importâncias

pagas, recebidas ou debitadas.

As contribuições destinadas ao Programa de Integração Social (PIS) e ao Financiamento da Seguridade Social (COFINS), representam, apenas e tão somente, os repasses econômicos integrantes do valor da operação, endereçados aos respectivos destinatários finais. o repasse não tem efeitos tributários, apenas econômicos.

Assim, é legítimo o 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, inexistindo a citada violação ao artigo art. 145, §1º da CF e tampouco há alteração de definição e conteúdo a infringir o artigo 110 do CTN, especialmente porque sequer há discussão acerca do alcance dos institutos.

Esse foi o entendimento adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. PREMISSE 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. (EDcl no AgRg no REsp 1368174/MG, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 19/05/2016).

Recentemente, o C. Superior Tribunal de Justiça reafirmou o entendimento

acima exposto no julgamento do Tema Repetitivo nº 1.223, resultando na fixação da seguinte tese:

“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 v. acórdão paradigma proferido no REsp nº 2.091.202/SP restou assim ementado:

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.) (g.n)

Consolida-se, assim, o entendimento de que é legal a inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS quando esta for constituída pelo valor da operação, o que se coaduna com o presente caso concreto.

Fixada a tese em julgamento de recurso repetitivo, a sua observância é obrigatória pelos Tribunais, nos termos do art. 927, III, do CPC.

Neste sentido, os precedentes deste E. Tribunal de Justiça:

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DO PIS E COFINS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. LEGALIDADE. INAPLICABILIDADE DO TEMA 69 DO STF. RECURSO DESPROVIDO. I. CASO EM EXAME 1. Agravo de Instrumento interposto por sociedade empresarial contra decisão do Juízo da Comarca de Valinhos que, nos autos da Execução Fiscal promovida pelo Estado de São Paulo, rejeitou a Exceção de Pré-executividade. A agravante sustenta a inconstitucionalidade da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, pleiteando a suspensão dos efeitos da decisão e o acolhimento da exceção. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. A questão em discussão consiste em determinar se é legítima a inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, com base na interpretação do Tema 69 do STF. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. O Tema 69 do STF, que reconhece a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, não se aplica de forma inversa, pois trata de bases de cálculo distintas. 4. **A inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS é legal, pois esses valores representam mero repasse econômico que integra o valor da**

operação, conforme o art. 13, § 1º, da LC n. 87/1996. 5. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido da impossibilidade de excluir o PIS e a COFINS da base de cálculo do ICMS, sendo inaplicável o entendimento firmado no Tema 69 do STF.

6. Precedentes do próprio Tribunal de Justiça de São Paulo confirmam a legalidade da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, circunstância que afasta a tese defendida pela agravante. IV. DISPOSITIVO 7. Recurso desprovido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2031602-04.2025.8.26.0000; Relator (a): Martin Vargas; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Valinhos - SEF - Setor de Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 20/03/2025; Data de Registro: 20/03/2025) (g.n.)

Agravo de Instrumento – Exceção de pré-executividade – Pretensão recursal fundada na ilegitimidade da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS – **Tese firmada pelo C. STJ no Tema nº 1223 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"** – Expresso afastamento da "ratio decidendi" do Tema nº 69 de Repercussão Geral – Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2391968-67.2024.8.26.0000; Relator (a): Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais - Vara das Execuções Fiscais Estaduais da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/01/2025; Data de Registro: 30/01/2025)

Mandado de segurança. Pretensão atinente a não se computar PIS

e COFINS na base de cálculo do ICMS. Descabimento. **Legitimidade dessa incidência. Mero repasse econômico integrante do valor da operação. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça. Intelecção da questão à luz do Tema 1.223/STJ** (REsp 2.091.202/SP). Lesão a direito líquido e certo não demonstrada. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1027253-55.2024.8.26.0114; Relator (a): Borelli Thomaz; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/02/2025; Data de Registro: 12/02/2025)

Destaca-se, que a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 574.706/PR, no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS (Tema nº 69 de Repercussão Geral), trata de situação diversa, pois, no presente caso, discute-se a incidência do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS.

Neste ponto, insta salientar que o v. acórdão paradigma proferido no julgamento do Tema 1223, do STJ, concluiu pela inaplicabilidade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706, conforme se depreende do trecho transcrito:

“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.”

Por fim, em relação ao pedido para que seja dado provimento o agravo de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

instrumento no manejo de condenar a agravada ao pagamento de honorários de sucumbência pela parte na qual a Exceção de pré-executividade foi acolhida, não se vislumbra o interesse de agir, pois o juízo de primeiro grau já condenou a excepta (Fazenda) ao pagamento de honorários advocatícios em 10% do proveito econômico da decisão (valor extirpado da execução após correção dos cálculos)

Destarte, deve ser mantida a r. decisão agravada, que rejeitou o pedido de anulação da execução fiscal e manteve o PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS

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

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, à luz do entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à desnecessidade da citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006, p. 240).

EDUARDO PRATAVIEIRA

Relator