



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000348292

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005499-73.2020.8.26.0348, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado NILPEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PAPEIS LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento aos recursos oficial e voluntário do Estado. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) E CARLOS VON ADAMEK.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI
RELATORA
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2ª Câmara de Direito Público

Apelação/Remessa Necessária nº 1005499-73.2020.8.26.0348

Recorrente: JUÍZO *EX OFFICIO*

Apelante: ESTADO DE SÃO PAULO

Apelado: NILPEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PAPÉIS
LTDA.

Comarca/Vara: SÃO PAULO / NÚCLEO 4.0 - EXECUÇÕES FISCAIS
ESTADUAIS

Juiz prolator: ALEXANDRE MUNOZ

VOTO Nº 32.801

Apelação/Remessa Necessária – Embargos à execução – Sentença de parcial procedência – Limitação dos juros à taxa SELIC e afastamento do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS, com imposição de sucumbência recíproca;

PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS – 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”, com expresse afastamento da aplicação analógica da tese firmada no Tema nº 69 de Repercussão Geral – Observância obrigatória do referido entendimento, conforme art. 927, III do CPC – Recursos do ente público providos, para, nesse ponto, julgar improcedentes os embargos;

Juros moratórios e honorários – Fazenda que procedeu ao recálculo espontâneo dos juros anteriormente à prolação da sentença, por força do art. 43, §7º da Lei nº 17.843/23 e do Decreto nº 68.321/24 – Providência alheia aos embargos, não relacionada à ausência de oposição ao recálculo manifestada na impugnação – Fato que implica o reconhecimento da perda superveniente do interesse de agir quanto aos juros – Condenação da Fazenda ao pagamento de honorários advocatícios, à luz do princípio da causalidade – Hipótese que não configura sucumbência mínima e tampouco enseja redução

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pela metade do valor a ser estabelecido – Fixação por equidade em R\$5.000,00, ante o proveito econômico inestimável – Recursos parcialmente providos nesse tocante;
Recursos oficial e voluntário do Estado parcialmente providos.

Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação (fls. 179–200) interposto pelo Estado de São Paulo contra sentença (fls. 172–174) que julgou parcialmente procedentes os embargos opostos por Nilpel Indústria e Comércio de Papéis Ltda. à execução fiscal movida pelo ora apelante, determinando-se a exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS e a limitação dos juros moratórios à taxa SELIC.

Em breve síntese do apelo, a Fazenda aduz que: a) houve perda superveniente de interesse de agir no que toca à minoração dos juros, porquanto o recálculo foi procedido administrativamente anteriormente à prolação da r. sentença; b) não há razão para a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, inclusive por força do art. 86 do CPC, observada, subsidiariamente, a fixação por equidade ou, em última hipótese, a redução pela metade, conforme art. 90, §4º do CPC; c) a tese firmada no Tema nº 1.223 do STJ reconheceu a legitimidade da inserção dos referidos tributos federais na base de cálculo do imposto estadual; d) a apelada deve ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios sobre o valor atribuído à causa, dada a inexistência de sucumbência recíproca ou, quando muito, da verificação de sucumbência mínima.

O recurso foi contrariado (fls. 206–217), defendendo a embargante que: a) o pedido de recálculo dos juros não foi

objeto de contrariedade na impugnação, tornando-se questão preclusa; b) o recálculo foi realizado posteriormente à própria impugnação fazendária e a perda superveniente de objeto somente ocorreria caso a retificação houvesse se dado anteriormente à citação; c) aplica-se ao caso, por analogia, a tese estabelecida no Tema nº 69 do STF, sendo impertinente à tese fixada no Tema nº 1.223 do STJ.

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 229–230)

É o relatório.

Inicialmente, abordo a questão da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, que foi solucionada com o julgamento do Tema nº 1223 do C. STJ.

Transcrevo a ementa do REsp nº 2.091.202/SP, um dos quatro recursos afetados (grifei):

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."

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(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, DJe de 16/12/2024.)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Conforme se observa da ementa supra, o entendimento firmado foi o 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*”. A tese, portanto, fulmina a pretensão da embargante.

No mais, saliento que o C. STJ expressamente afirmou que a tese firmada no Tema nº 69 de Repercussão Geral não é aplicável ao caso à controvérsia específica.

Logo, nos termos do art. 927, III do CPC, é de rigor a improcedência dos embargos nesse ponto.

Quanto aos juros de mora, o documento juntado às fls. 201–202 indica que, aos 12/08/2024, foi realizada a seguinte modificação: “*Alteração da Regra de Cálculo - SEI 02300026432/2024-77 – Recálculo administrativo de juros de mora limitados à taxa Selic e exclusão dos juros de mora de 1% na fração de mês de vencimento do imposto (artigo 43, §7º da Lei nº 17.843/23 e Decreto nº 68.321/24)*”.

As normas citadas possuem o seguinte teor:

Lei nº 17.843/23

Artigo 43 - Fica instituída a modalidade excepcional de Transação por Adesão no Contencioso de Relevante e Disseminada Controvérsia relativamente aos juros de mora incidentes sobre os débitos inscritos em dívida ativa e decorrentes da aplicação da Lei nº 13.918, de 22 de dezembro de 2009, e da Lei nº 16.497, de 18 de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

julho de 2017, no que alteraram o artigo 96, §1º, e §1º, item 2, respectivamente, da Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989.

(...)

§ 7º - Sem prejuízo da transação excepcional de que trata este dispositivo, regulamento poderá disciplinar a aplicação do disposto no artigo 96, "caput", incisos, alíneas e parágrafos da Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 16.497, de 18 de julho de 2017 e legislação superveniente, aos créditos inscritos em dívida ativa, independentemente da data de inscrição.

Decreto nº 68.321/2024

Artigo 1º - Ficam acrescentados ao artigo 565 do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS, aprovado pelo Decreto nº 45.490, de 30 de novembro de 2000, os §§ 7º e 8º, com a seguinte redação:

"§ 7º - O disposto neste artigo aplica-se, também, aos créditos inscritos em dívida ativa, ajuizados ou não, independentemente da data de inscrição.

§ 8º - A Procuradoria Geral do Estado realizará, de ofício ou a pedido do contribuinte, o recálculo dos juros de mora decorrente da aplicação do disposto no § 7º deste artigo, podendo, quando necessário, contar com o apoio da Secretaria da Fazenda e Planejamento, conforme disciplinado em resolução conjunta."

Os dispositivos supra, aliados ao que se pode depreender do processo SEI 02300026432/2024-77¹, indicam que a alteração não ocorreu por força dos embargos à execução.

Ainda que na impugnação a Fazenda não tenha se oposto ao recálculo dos juros, o fato é que a medida só foi adotada

¹https://sei.sp.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?Sldiv5HmlcAZHy_PVCJl81cNiUyBgO939SmCfIU-sFa5cyvhtEpiqsscviHQvP5AUygbI06CkkCR3-9mXRuw18M4cBryED6C3YPKEbZXsUnrkuVdXslgn1qRXPBVPqod716kqH7u5xZlAJnSZpCJQg

espontaneamente em razão das alterações legislativas supra.

Desse modo, é forçoso reconhecer a perda superveniente do interesse de agir.

Inobstante, por força do princípio da causalidade, tenho que o Estado deve arcar com o pagamento da verba advocatícia, porquanto deu causa à defesa da executada.

A verba deve ser fixada por equidade, dado que o proveito econômico obtido pela embargante não se originou do presente feito, e sim do recálculo extrajudicial da dívida. Logo, o proveito econômico no que toca aos embargos à execução é inestimável, autorizando a aplicação do §8º do art. 85 do CPC.

Nesse sentido, válido traçar paralelo com os EREsp nº 1.880.560/RN, julgados em 24/04/2024.

Na ocasião, a Primeira Seção do C. STJ analisou a fixação de honorários em caso de reconhecimento da ilegitimidade passiva de coexecutado em execução fiscal. Concluiu o E. Tribunal da Cidadania que a hipótese ensejava o *distinguishing* em relação à tese firmada no Tema nº 1.076 do STJ, prevalecendo o entendimento de que “*nos casos em que a exceção de pré-executividade visar, tão somente, à exclusão do excipiente do polo passivo da execução fiscal, sem impugnar o crédito executado, os honorários advocatícios deverão ser fixados por apreciação*

equitativa, nos moldes do art. 85, § 8º, do CPC/2015, porquanto não há como se estimar o proveito econômico obtido com o provimento jurisdicional”.

Ainda que outras ponderações relativas à multiplicidade de executados tenham sido realizadas, o ponto central do raciocínio pode aqui ser replicado.

Não é hipótese de redução pela metade dos honorários, porquanto o §4º do art. 90 do CPC prevê que a medida é cabível somente se “o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida”, o que aqui não se observa, por duas razões: a) a impugnação data de 28/10/2023 e o recálculo de 12/08/2024; b) o recálculo foi realizado por fato alheio aos autos.

Tampouco há que se falar em sucumbência mínima, dado que a pretendida redução dos juros traria benefício econômico significativo à embargante, como remansosamente reconhecido pela jurisprudência desta E. Corte.

Assim, arbitro a verba em R\$5.000,00, quantia compatível com a baixa complexidade da matéria e com o labor desenvolvido pelos patronos da embargante.

Ainda quanto aos honorários, considerando a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

alteração do desfecho quanto à base de cálculo do ICMS, condeno a embargante ao pagamento de verba a ser calculada sobre o valor que se pretendia expurgar (que não aparenta corresponder ao valor atribuído à causa), a ser apurado em sede de liquidação, quando, então, o d. Juízo de origem deverá aplicar os percentuais cabíveis, conforme §§2º, 3º, 4º, II, 5º e 11 do art. 85 do CPC.

Por fim, também necessário modificar a distribuição dos ônus sucumbenciais, passando a embargante a arcar com 85% das custas e despesas processuais e o Estado com os 15% remanescentes.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento aos recursos oficial e voluntário do Estado.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI

Relatora