



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000351900

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1047933-50.2024.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante CONSTRUJA DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA, é embargado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente) E REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 9 de abril de 2025.

OSWALDO LUIZ PALU

RELATOR

Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 35016 (Oposição ao JV)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 1047933-50.2024.8.26.0053/50000

COMARCA : SÃO PAULO

EMBARGANTE : CONSTRUJÁ DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA

EMBARGADO : FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MM. Juiz de 1ª instância: Enio Jose Hauffe

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO. Mandado de segurança. ICMS. Pretensa exclusão do PIS e da CONFINS da base de cálculo do ICMS. Sentença que denegou a segurança. V. aresto que ratificou o veredito.

Suspensão do Processo em razão do Tema 1.223 do C. STJ.

Descabimento. Embora reconhecida a afetação do tema, a determinação de suspensão se restringe aos recursos especiais e aos agravos em recursos especiais na segunda instância e ou no Superior Tribunal de Justiça.

Inclusão do PIS e da CONFINS da base de cálculo do ICMS. Ausência de ilegalidade pelo fato de o repasse compor o valor do serviço prestado ao consumidor final. Entendimento consubstanciado no Tema 69 (RE 574.706 do STF) que não se aplica à hipótese dos autos. Tese que firmou a impossibilidade de o ICMS integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, e não ao contrário.

2.1. O valor recolhido a título de ICMS não consiste em faturamento, ou mesmo receita do contribuinte. A base de cálculo do ICMS deve ser o valor da operação mercantil realizada. Contribuições sociais que devem integrar a base de cálculo do imposto (art. 13, § 1º, II, "a", da Lei Complementar nº 87/96). Precedentes desta Corte.

3. Inexistência de omissão, à luz do artigo 1.022 do CPC/2015. Caráter infringente revelado. Matéria que foi devidamente enfrentada e esclarecida.

4. Prequestionamento realizado.

5. Embargos de declaração rejeitados.

I — RELATÓRIO.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Cuida-se de **embargos de declaração** opostos por **CONSTRUJÁ DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA** contra o v. acórdão de **fls. 533/543**, que negou provimento à apelação interposta pela ora recorrente, para manter inalterada a r. sentença que denegou a segurança nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato coator reputado ao **DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DO TATUAPÉ (DRTC-I)**. **Inconformada, alega a embargante, a fls. 01/08 do incidente 50000**, em apertada síntese, que o v. aresto foi omissivo quanto à necessidade de sobrestamento do feito até o término do julgamento do Tema 1.223, do C. STJ; reiterando os argumentos pela exclusão do PIS e CONFINS da base de cálculo do ICMS, porquanto se trata de operação inconstitucional, com o consequente direito à restituição/compensação dos valores pagos a maior, corrigidos, referentes aos últimos 05 (cinco) anos. Invoca ainda a necessidade de prequestionamento expresso de matérias. Recurso tempestivo. **É o relatório.**

II – FUNDAMENTO E VOTO.

1. **Os embargos de declaração opostos não comportam acolhimento.**
2. Inexiste no v. acórdão qualquer contradição, à luz do artigo 1.022, do CPC/2015, sendo a pretensão da embargante de exclusiva e inadmissível revisão do julgado.
3. Há de se reconhecer que, na hipótese, com todo o respeito, o que se verifica, na verdade, é mero inconformismo da parte com o teor do v. aresto, o qual deve ser externado por meio de recurso próprio, não se prestando os embargos de declaração para tal fim.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4. Com efeito, não se observam as alegadas máculas. O acórdão enfrentou todas as questões postas nos autos, dentre as quais, o descabimento de suspensão do curso do processo por conta da pendência de julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 1.223, do C. STJ; e a impertinência dos argumentos invocados para a pretensa exclusão do PIS e da CONFINS da base de cálculo do ICMS, deixando expressamente consignado que:

"3. Indo diretamente ao ponto nevrálgico discutido nos autos, é de se ter em mente que o art. 155, § 2º, XII, alínea 'I', da Constituição, dispõe que cabe à lei complementar "fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço."

3.1. Por sua vez, é certo que o art. 13, V, da Lei Complementar nº 87/96, prevê que a base de cálculo do ICMS na hipótese de desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior será composta pelo valor correspondente a:

"(...)

V - na hipótese do inciso IX do art. 12, a soma das seguintes parcelas:

(...)

- a) o valor da mercadoria ou bem constante dos documentos de importação, observado o disposto no art. 14;
- b) imposto de importação;
- c) imposto sobre produtos industrializados;
- d) imposto sobre operações de câmbio;
- e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras;"

3.2. Não é preciso grande esforço, assim, para concluir que impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras estão incluídas na base de cálculo do ICMS importação, eis que a base de cálculo do ICMS é aquela prevista em lei, que pode

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

incluir — e inclui — encargos inerentes à operação econômica de circulação de bens e mercadorias.

4. Nessa linha de raciocínio, não se nega que a base de cálculo correspondente ao ICMS ora discutido deve ser o valor da operação de circulação de mercadorias realizada, nos termos da Lei nº 87/1996, que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências (LEI KANDIR). Entretanto, ao contrário do quanto sustenta a apelante, a inclusão do PIS (Programa de Integração Social) e da COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) na base de cálculo do ICMS não é dotada de qualquer inconstitucionalidade.

4.1. Anote-se que tendo o PIS e a COFINS como base de cálculo o faturamento da empresa contribuinte, não se pode adotar inversamente a tese firmada pelo STF quando do julgamento do **RE nº 574.706 (Tema nº 69)**, na qual se definiu que *"o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"*, porquanto naquele caso a controvérsia girava em torno do conceito de faturamento e se os valores escriturados a título de ICMS compunham tal conceito; enquanto aqui se discute exatamente o contrário, ou seja, a possibilidade de que o PIS e a COFINS venham a compor a base de cálculo do ICMS.

4.2. Não por outra razão é que esta Câmara, em casos similares, da mesma forma tem se posicionado:

"APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - INCLUSÃO DE PIS E COFINS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS - Possibilidade — Precedentes do TJSP — Inaplicabilidade do quanto decidido pelo C. STF no RE 574.706/PR (Tema 69) — Repercussão geral que versa sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, e não o contrário — Sentença denegatória mantida — Recurso de apelação não provido." (Apelação nº 1011100-67.2023.8.26.0053, Rel. Des. Ponte Neto, j. 18/12/2024)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

"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 – Manutenção da r. sentença que denegou a segurança – Precedentes desta C. Câmara e Corte de Justiça – Recurso não provido." (Apelação 1047987-16.2024.8.26.0053, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, j. 08/11/2024)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – BASE DE CÁLCULO – EXCLUSÃO DO PIS E COFINS – CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL – ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER – OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – INEXISTÊNCIA. 1. O mandado de segurança se destina à correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo a direito individual ou coletivo, líquido e certo do impetrante (art. 5º, LXIX, CF). 2. Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, incontestável, manifesto, pré-constituído, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. 3. Impetração visando ao reconhecimento do direito à exclusão da base de cálculo do ICMS do PIS e COFINS. Ausência de direito líquido e certo e ilegalidade ou abuso de poder. Contribuições sociais que devem integrar a base de cálculo do imposto (art. 13, § 1º, II, "a", da Lei Complementar nº 87/96). Matéria pacificada na jurisprudência. Segurança denegada. Sentença mantida. Recurso desprovido." TJSP; Apelação Cível 1015907-49.2020.8.26.0405; Relator (a): Décio Notarangeli; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Osasco – 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/02/2021; Data de Registro: 17/02/2021);

5. Quanto à alegação acerca da legalidade da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, pese a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

discussão tenha sido afetada pelo rito dos recursos repetitivos, **Tema 1223 do STJ**, é certo que **a determinação de suspensão se restringe aos recursos especiais e aos agravos em recursos especiais na segunda instância e/ou no Superior Tribunal de Justiça, nada obstando o julgamento a que aqui se profere**, no sentido do quanto decidido monocraticamente. Note:

"A PRIMEIRA SEÇÃO, por unanimidade, afetou o processo ao rito dos recursos repetitivos (RISTJ, art. 257-C) para delimitar a seguinte tese controvertida: "Legalidade da inclusão do PIS e da Cofins na base de cálculo do ICMS." e, igualmente por unanimidade, determinou a suspensão dos recursos especiais ou agravos em recursos especiais em segunda instância e/ou no STJ fundados em idêntica questão de direito (observada a orientação do art. 256-L do RISTJ), conforme proposta do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Afrânio Vilela" (ProAfr no REsp 2091202 / SP, julgado em 28 de novembro de 2023)

5.1. Nesse sentido, precedentes da C. Corte Paulista:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ICMS - LEI ESTADUAL Nº 16.497/17 - Insurgência contra decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta sob a alegação de nulidade da Certidão da Dívida Ativa, por inconstitucionalidade da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS e ilegalidade dos juros incidentes sobre o débito exequendo - MANUTENÇÃO DO DECISUM - PIS E COFINS - Admissibilidade da inclusão de PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS - 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, como quer fazer

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

crer a empresa agravante – JUROS – CDAs 1.287.082.400, 1.287.556.630, 1.288.867.647, 1.289.459.766, 1.290.502.289, 1.290.502.356, 1.299.808.849, 1.299.808.938, 1.307.974.539, 1.308.194.800, 1.311.942.577, 1.311.942.900, 1.319.471.599, 1.322.349.157, 1.322.349.179, 1.338.317.336, 1.338.317.358, 1.338.901.681, 1.339.370.482, 1.339.370.650, inscritas em 2020, 2021 e 2022, ou seja, após a edição da Lei Estadual 16.497/17 – Juros aplicados que não violam a legislação federal, pois já limitados à SELIC – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – INEXISTÊNCIA DE QUALQUER NULIDADE NA CDA – Título executivo que preenche os requisitos legais previstos no artigo 202, do Código Tributário Nacional e no artigo 2º, parágrafo 5º, da Lei nº 6.830/80 – Sujeito passivo que realizou as operações necessárias à formalização do crédito tributário, nos termos do art. 150 do CTN, sendo o valor respectivo exigível independentemente de qualquer procedimento administrativo-fiscal – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – TEMA 1223 do C. STJ – Inadmissibilidade da suspensão do Processo em razão do Tema 1223 do C. ST – Embora reconhecida a afetação do tema, a determinação de suspensão se restringe aos Recursos Especiais e aos Agravos em Recursos Especiais na segunda instância e/ou no Superior Tribunal de Justiça – Prejudicial afastada – Decisão mantida – Recurso improvido.” (Agravado 2293742-27.2024.8.26.0000, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, 9ª Câmara de Direito Público, j. 22/10/2024)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – Acolhimento parcial de exceção de pré-executividade, oposta pela agravante, reduzindo os juros (incidentes sobre os créditos tributários de ICMS devidos à FESP) à taxa adotada para atualização dos tributos federais – Aplicação da taxa SELIC ao débito fiscal, inclusive, a 1% (um por cento) para a fração de mês, nos termos da L.E. nº 16.497/2017, regulamentado pelo D.E. nº 62.761/2017 – Aspecto acessório do débito – Reconhecimento de juros excessivos que não invalidam o título – Entretanto, ausência de ilegalidade na inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS – Mero repasse econômico que integra o valor da operação – Existência de entendimento firmado no âmbito do C. STJ de que inexistente ilegalidade na inclusão de PIS e da COFINS na base de cálculo

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do ICMS, pelo fato de o repasse compor o valor do serviço prestado ao consumidor – Pretensão a suspensão do feito até decisão do Tema nº 1223 – Impossibilidade – Determinação de suspensão dos feitos somente dos processos com recurso especial e/ou agravo em recurso especial interposto – Recurso desprovido.” (Agravos 2118129-90.2024.8.26.0000, rel. des. Ponte Neto, 9ª Câmara de Direito Público, j. 17/05/2024)

“Agravos de Instrumento. Execução fiscal. ICMS. Exclusão dos valores relativos ao PIS/COFINS da base de cálculo do ICMS. Inadmissibilidade. Inclusão do PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS que encontra respaldo na Lei Complementar nº 87/96. Hipótese que não autoriza a aplicação do entendimento firmado pelo STF no julgamento do RE nº 574.706. Questão discutida nos autos que versa sobre a base de cálculo do ICMS, e não sobre a base de cálculo do PIS/COFINS, tal como discutido no julgado. Sobrestamento do feito até decisão do Tema nº 1223 (STJ). Impossibilidade. Determinação de suspensão que alcança somente os processos com recurso especial e/ou agravo em recurso especial interposto. Decisão mantida. Recurso não provido.” (Agravos 2221284-12.2024.8.26.0000, Rel. Des. Paola Lorena, 3ª Câmara de Direito Público, j. 01/10/2024)

6. Destarte, de tudo quanto acima esposado, infere-se que o direito líquido e certo informado nos autos não se sustenta, não demonstrada, tampouco comprovada, qualquer abusividade ou ilegalidade que mereça, aqui, ser censurada e coibida.”

5. **Destarte**, não se verifica no v. aresto qualquer das máculas elencadas no artigo 1.022 do CPC, ao revés, patente que não vinga a argumentação veiculada em razões de recurso.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6. Finalmente, nunca é demais salientar que, sobre a necessidade de prequestionamento para possibilitar o acesso às instâncias superiores, considera-se prequestionada a matéria infraconstitucional e constitucional invocada, eis que pacífico que o magistrado não é obrigado a citar todos os dispositivos legais reclamados pela parte quando a questão trazida a juízo já foi suficientemente enfrentada e decidida de maneira fundamentada no corpo do voto condutor. Nesse sentido, aliás, a norma preconizada no artigo 1.025 do CPC/2015, 'in verbis':

"Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

7. **Ante o exposto, por meu voto, rejeito os embargos de declaração opostos.**

OSWALDO LUIZ PALU
RELATOR