



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000368132

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1036627-95.2024.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante HORFRAN COMERCIAL ELETRO MÓVEIS LTDA., é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª 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(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO SHINTATE (Presidente sem voto), EDUARDO GOUVÊA E MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 14 de abril de 2025.

FAUSTO SEABRA

Relator

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

APELAÇÃO CÍVEL: 1036627-95.2024.8.26.0405

APELANTE: HORFRAN COMERCIAL ELETRO MÓVEIS LTDA

APELADO: ESTADO DE SÃO PAULO

JUIZ PROLATOR: JAMIL CHAIM ALVES

COMARCA: OSASCO

VOTO Nº 26

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. LEGALIDADE. TESE VINCULANTE FIRMADA NO TEMA Nº 1223 DOS RECURSOS REPETITIVOS. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGACÃO. POSSIBILIDADE - O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS é legal. Recurso desprovido.

Trata-se de apelação interposta pela impetrante contra a r. sentença que denegou a segurança, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 486, I, do Código de Processo Civil (fls.96/100).

Apela a impetrante, sustentando que no tema nº 69 da repercussão geral firmou-se a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. Esse julgamento não abarcou apenas a questão da não-cumulatividade, mas também o conceito de receita/faturamento. É inconstitucional a inclusão de um tributo na base de cálculo do outro. Por não fazer parte da parcela do custo na composição do preço de venda da mercadoria ou serviço, o PIS/COFINS também não pode incidir sobre o ICMS. No tema nº 1223 dos recursos repetitivos, ainda pendente de julgamento, será decidida a legalidade ou não dessa incidência. A base de cálculo do ICMS nas vendas de mercadorias é o “valor da operação”, somando-se a ele os valores do próprio ICMS, seguros, fretes e demais expedientes pagos pelos contribuintes. Ao incluir o valor do PIS e da COFINS na base de

cálculo do ICMS, o Fisco altera a regra-matriz constitucional do imposto, modificando a base de cálculo. A exceção do artigo 155, § 2º, inciso XI, da Constituição Federal não poderia prever de forma expressa a exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS, visto que inexistiam à época. Esses tributos não compõem seu patrimônio e serão repassados integralmente ao Fisco federal. A legislação indicou quais tributos podem compor a base de cálculo do ICMS, sem incluir o PIS/COFINS. O órgão fiscalizador não pode modificar essa definição para distorcer a concepção, sob pena de infringir o artigo 110 do Código Tributário Nacional. Somente a lei pode definir fato gerador e fixar base de cálculo (artigo 97 do Código Tributário Nacional). Possível a compensação tributária por mandado de segurança (Súmula nº 213 do Superior Tribunal de Justiça).

Houve contrarrazões (fls.146/156).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Horfran – Comercial Eletro Móveis Ltda impetrou mandado de segurança contra ato a ser praticado pelo Delegado da Delegacia Regional Tributária – DRT-14, objetivando a concessão de ordem para declaração do seu direito de não incluir o PIS/PASEP e a CONFINS na base de cálculo do ICMS, bem como de compensação dos valores indevidamente recolhidos a partir dos últimos cinco anos anteriores à impetração, mediante procedimento de compensação administrativa, com correção monetária e juros pela taxa Selic (fls.1/27).

O juiz denegou a segurança, sob o fundamento de que a base de cálculo do ICMS não é o valor simples da mercadoria, mas o valor desta e de outros elementos relacionados ao custo que são repassados para o consumidor final, ressaltando já ter o Superior Tribunal de Justiça decidido quanto à constitucionalidade da inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS.

No tema nº 69 de repercussão geral se firmou tese vinculante de que “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”. Porém, na hipótese vertente, o que se pretende é a exclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS.

Convém salientar que o Superior Tribunal de Justiça firmou tese

vinculante no tema nº 1223, consolidando seu entendimento 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”.

Na ementa do v. acórdão **reafirma-se a jurisprudência então dominante na Corte**, mencionada na sentença:

“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 nº 2091202/SP, Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, publicado em 16.12.24).

Esta Câmara já vinha decidindo pela legalidade da inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS:

“APELAÇÃO – Mandado de segurança – ICMS- Base de cálculo – PIS E COFINS integram a base do cálculo do ICMS - Entendimento do C. STJ - Inaplicabilidade do o decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 574.706 (Tema nº 69) – Sentença mantida – Recurso não provido.” (Apelação nº 1001780-67.2024.8.26.0405, Rel. Des. Mônica Serrano, publicado em 21.1.25)

MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO PIS E DA COFINS DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. Descabimento. Contribuições que incidem sobre a receita bruta da empresa, diversamente da base de cálculo do ICMS, que corresponde ao valor total da operação. Inteligência do art. 155, § 2º, inc. XII, al. "i", da CR c.c. art. 13 da Lei Complementar nº 87/1996. A hipótese dos autos distingue-se da decidida pelo STF no RE 574.706/PR (Tema 69), pois a repercussão geral versa sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, e não o inverso. Precedentes do STJ e desta Corte. Recurso não provido. (Apelação nº 1027237-62.2024.8.26.0224, Rel. Des. Coimbra Schmidt, publicado em 26.11.24)

Incumbe aos juízes e tribunais observarem os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (artigo 927, III, do Código de Processo Civil).

Já firmada tese no tema nº 1223 dos recursos repetitivos, inclusive afastando a aplicabilidade da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no RExt



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

nº 574.706, relativo ao tema nº 69 de repercussão geral, inexistente direito líquido e certo, requisito intrínseco para concessão da ordem em mandado de segurança.

Do exposto, pelo meu voto, nego provimento à apelação, sem condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009).

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida no recurso, ressaltando-se, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que para tal finalidade é desnecessária a citação expressa a todos os dispositivos legais que tiveram seu conteúdo enfrentado. (STJ, EDcl no RMS nº 18.205/SP, Quinta Turma, Relator Min. Felix Fischer, j. em 18.04.2006)

FAUSTO SEABRA
RELATOR