



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

Registro: 2025.0000376901

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2087041-97.2025.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante TRANSPORTADORA PRIMEIRA DO NORDESTE LTDA, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª 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 RICARDO DIP (Presidente sem voto), JARBAS GOMES E OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

MÁRCIO KAMMER DE LIMA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Agravo de Instrumento nº 2087041-97.2025.8.26.0000

Agravante: Transportadora Primeira do Nordeste Ltda.

Agravada: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Comarca: Guarulhos

Juiz(a) de Direito: Mônica Sandoval Gonçalves Belfort

Voto nº 6.186

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. INCIDENTE DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DE PIS/COFINS. Recurso tirado contra decisão que rejeitou o incidente de pré-executividade voltado à exclusão do PIS e COFINS da base de cálculo do ICMS.

1. Valores do PIS e da COFINS que integram a base de cálculo do ICMS. Exegese dos artigos 8º e 13, §§ 1º e 2º da Lei Kandir. Distinção quanto à tese firmada ao tempo do julgamento do Tema nº 69 pelo Pretório Excelso. Precedentes.

2. Questão submetida ao rito de recursos seriais pela STJ, sob o Tema nº 1.223, com tese fixada 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*”.

3. Desfecho de origem preservado. Recurso desprovido.

Versam os autos referenciais agravo de instrumento interposto por TRANSPORTADORA PRIMEIRA DO NORDESTE LTDA. contra decisão de fls. 116/118 dos autos de origem que, em sede de ação de execução fiscal movida em seu desfavor pela FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, processo de nº 1586823-41.2022.8.26.0224, rejeitou a exceção de pré-executividade oposta por si sob o fundamento de não prosperar a alegação de inconstitucionalidade ou ilegalidade na incidência de PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS.

Irresignada, aduz a agravante ser inconstitucional a inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, haja vista não integrarem a operação de circulação de mercadoria, à luz, por analogia, do entendimento empreendido pelo e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE nº 574.706 – Tema nº 69.

Defende que a inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS viola o artigo 155 da Constituição Federal, bem como o artigo 13 da Lei Complementar nº 87/96, que expressamente prevê sua incidência tão somente sobre o “*preço da mercadoria ou serviço*” e ao artigo 108 do Código Tributário Nacional. Sustenta que o mesmo entendimento é reiterado pela legislação estadual, conforme dispõe o artigo 24, inciso I, e §1º da Lei Estadual nº 6.374/1989, bem como o artigo 37 do RICMS/SP.

Assim, postula pela concessão de efeito suspensivo ao recurso, nos termos do artigo 1.019, I, do Código de Processo Civil, uma vez que o prosseguimento da execução fiscal fundada em base de cálculo inconstitucional pode ocasionar dano grave e de difícil reparação a comprometer a continuidade de suas atividades empresariais. Requer ao final, ademais, o acolhimento da exceção de pré-executividade oposta e o consequente reconhecimento da nulidade do título executivo tributário.

Indeferida a almejada tutela liminar recursal (fls. 20/26), sobreveio contraminuta do ente político às fls. 33/36, sem arguição de preliminares recursais.

Essa, a síntese do necessário.

Em que pesem os argumentos insertos nas razões recursais, estes não merecem acolhimento.

De partida, a Lei Complementar nº 87/1996 disciplina a base de cálculo do ICMS em seus artigos 8º e 13, constando dos §§ 1º e 2º deste último, *expressis verbis*:

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:

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. (destaquei)

Nesta inicial leitura, da expressa inclusão de *seguros, juros e demais importâncias pagas* e do afastamento apenas do *Imposto sobre Produtos Industrializados*, no específico caso do § 2º, ressuma evidente que em absolutamente nada são excluídas do cálculo as contribuições a título de Programas de Integração Social (PIS) e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Ressalte-se que, por incidirem sobre o faturamento especificamente auferido pela pessoa jurídica contribuinte, não há que se falar em ofensa à capacidade contributiva no presente caso.

Nesse rumo, o tema já foi por diversas vezes apreciado por este Tribunal de Justiça, conforme tem julgado esta 11ª Câmara de Direito, inclusive em casos sob a minha relatoria:

DIREITO TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DE PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. Recurso tirado contra decisão que indeferiu pleito liminar voltado à exclusão do PIS e COFINS da base de cálculo do ICMS. 1. Requisitos postos pelo art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009. Ausência de relevante fundamento. Valores do PIS e da COFINS que integram a base de cálculo do ICMS. Exegese dos artigos 8º e 13, §§ 1º e 2º da Lei Kandir. Distinção quanto à tese

firmada ao tempo do julgamento do Tema nº 69 do STF. Precedentes. 2. Questão submetida ao rito de recursos seriais pela STJ, sob o Tema nº 1.223, com tese fixada 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". 3. Decisão aclimada ao aludido precedente qualificado. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2354119-61.2024.8.26.0000; Relator (a): Márcio Kammer de Lima; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/01/2025; Data de Registro: 16/01/2025 - destaquei)

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. INCIDENTE DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DE PIS/COFINS. 1. Recurso tirado contra decisão que rejeitou o incidente de pré-executividade voltado à nulidade dos títulos executivos devido à inclusão do PIS e COFINS da base de cálculo do ICMS. 2. Os valores do PIS e da COFINS que integram a base de cálculo do ICMS. Exegese dos artigos 8º e 13, §§ 1º e 2º da Lei Kandir. Distinção quanto à tese firmada ao tempo do julgamento do Tema nº 69 pelo Pretório Excelso. Precedentes. Questão submetida ao rito dos recursos seriais pela Suprema Corte sob o Tema nº 1.223, com determinação de sobrestamento somente dos recursos excepcionais. Preservação do entendimento prevalente neste Corte até que sobrevenha, se o caso, fixação de tese em precedente qualificado em sentido contrário. 3. Honorários advocatícios sucumbenciais. Majoração. Impossibilidade. Incabível o arbitramento de honorários advocatícios sucumbenciais em casos de rejeição de incidente de pré-executividade. Precedentes do col. Superior Tribunal de Justiça e desta eg. Corte Bandeirante. 4. Decisão de origem parcialmente

reformada. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2267316-75.2024.8.26.0000; Relator (a): Márcio Kammer de Lima; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos - SETOR DE EXECUÇÕES FISCAIS DA COMARCA DE GUARULHOS; Data do Julgamento: 25/10/2024; Data de Registro: 25/10/2024 – destaquei)

*AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ICMS – Base de cálculo – **Pretensão de afastar a incidência do PIS e COFINS – Inviabilidade** – RE nº 574.706 julgado pelo E. STF (Tema nº 69) – Ausência de identidade com a pretensão da agravante – Decisão mantida. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2289492-48.2024.8.26.0000; Relator (a): Afonso Faro Jr.; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Valinhos - SEF - Setor de Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 31/10/2024; Data de Registro: 31/10/2024 – destaquei)*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – Inconformismo diante de decisão que rejeitou exceção de pré-executividade – Preenchimento dos requisitos do art. 202 do CTN e do art. 2º, § 5º, da Lei 6.830/80 - Presunção de certeza, liquidez e exigibilidade do crédito tributário – **Incidência das contribuições sociais do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS – Possibilidade - Inteligência do art. 13, §1º, inciso II, alínea "a", da Lei Complementar nº 87/1999 (Lei Kandir) – Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal de Justiça** – Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2226380-08.2024.8.26.0000; Relator (a): Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - SEF - Setor de Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 20/08/2024; Data de Registro: 20/08/2024 – destaquei)*

Convoco, a propósito, julgado do col. Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. INCLUSÃO DO PIS E DA COFINS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. POSSIBILIDADE. REPASSE ECONÔMICO.

1. Não há omissão no acórdão quando o Tribunal local julga integralmente a lide, apenas não adotando a tese defendida pela recorrente, tampouco se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. É legítima a 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. Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1.368.174/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1º/6/2016; EDcl no REsp 1.336.985/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/5/2013.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.805.599/SP, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 21/6/2021.)

Consigna-se, por oportuno, que não prospera a convocação do raciocínio adotado pelo eg. Superior Tribunal Federal em sede do Tema nº 69 (RE nº 574.706/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 13/05/2021), que estabeleceu a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Cuida-se de precedente qualificado que diz com relação à base de cálculo de tributos federais, objeto de outra ordem de cogitação. É dizer, caracteriza-se como questão distinta à tratada nestes autos, também por mais de uma vez invocada em casos similares, dentre os quais socorro-me das considerações lançadas pelo eminente des. Jarbas Gomes ao relatar julgado desta Câmara:

Em relação ao primeiro ponto, ressalte-se que o C. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema nº 69 da repercussão geral (RE nº

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

574.706/PR), *fixou tese no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS, situação diversa da tratada nestes autos, em que se discute a base de cálculo do ICMS, não servindo como precedente. Como afirmam Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (in Teoria geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 251), o precedente é “Decisão proferida em um caso concreto cuja “ratio decidendi” serve de parâmetro para o julgamento de outros casos.”. Com efeito, “a igualdade é premissa necessária para o controle da aplicação de precedentes. Sua retidão é demonstrada através da necessária motivação da decisão judicial. Em específica, é ela explicitada através da ‘ratio decidendi’ aplicada para a questão jurídica posta. A partir dela, em momento posterior, empreenderemos o raciocínio analógico diante do caso concreto para, só assim, decidirmos se se trata de aplicação do caso precedente ou, se, ao fim, trata-se de caso distinto.” (EDINGER, Carlos. in Distinguishing: Raciocínio analógico. REVISTA DE PROCESSO. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 266, abril. 2017. p. 421). Opera-se, pois, o fenômeno do “distinguishing”, nos termos do artigo 489, § 1º, inciso VI, do Código de Processo Civil, afastando-se a aplicação da decisão proferida no RE nº 574.706/PR nestes autos. (TJSP; Agravo de Instrumento 2164140-85.2021.8.26.0000; Relator (a): Jarbas Gomes; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais - Vara das Execuções Fiscais Estaduais; Data do Julgamento: 15/03/2022; Data de Registro: 15/03/2022)*

Na mesma direção, ainda desta mesma 11ª Câmara de Direito Público:

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. INCLUSÃO DE PIS E COFINS. RECURSO NÃO PROVIDO. I. CASO EM EXAME I. Agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu liminar em mandado de segurança para suspender a inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS. Os agravantes alegam que apenas o valor da operação mercantil deve compor a base de cálculo do ICMS, excluindo as contribuições sociais, com base no

entendimento do STF no Tema nº 69 (RE 574.706). II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. A questão em discussão consiste na possibilidade de inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS, considerando a interpretação do STF no Tema nº 69, que trata da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. O STF, no Tema nº 69, decidiu que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e COFINS, mas não tratou da exclusão do PIS e COFINS da base de cálculo do ICMS, sendo inaplicável como precedente ao caso. 4. A legislação vigente e a jurisprudência do STJ permitem a inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS, considerando-as como repasse econômico que integra o valor da operação. IV. DISPOSITIVO 5. Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2027957-68.2025.8.26.0000; Relator (a): Jarbas Gomes; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/02/2025; Data de Registro: 21/02/2025 – destaquei)

INCLUSÃO PIS COFINS BASE CÁLCULO ICMS Pretensão da impetrante de que seja admitida a ilegalidade/inconstitucionalidade da cobrança do ICMS com a inclusão da contribuição ao PIS e da COFINS em sua base de cálculo, em razão da desarrazoada interpretação dos impetrados, autorizando a impetrante a não inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, determinando-se a suspensão da exigibilidade dos valores judicialmente, nos moldes do art. 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional, bem como aos impetrados que se abstenham, por seus agentes, da prática de quaisquer atos coativos e/ou punitivos até final decisão a ser proferida e, em caráter definitivo, a confirmação da liminar, além da declaração da obrigatoriedade do Estado de São Paulo restituir e/ou compensar os valores recolhidos indevidamente pela impetrante, durante os cinco anos que antecederam o ajuizamento do mandamus, cujo montante será apurado em fase de liquidação de sentença/execução. Requer, finalmente, que o direito a ela assegurado seja estendido a todas as suas filiais, inclusive àquelas que venham a ser constituídas após a distribuição

do feito – Valores relativos ao PIS e COFINS que compõem legitimamente a base de cálculo do ICMS, tratando-se de repasse econômico que integra o valor da operação – Inaplicabilidade do RE nº 574.706/PR (Tema nº 69 da repercussão geral) - Sentença denegatória da segurança mantida – Precedentes do STJ e deste Egrégio Tribunal. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1040391-83.2021.8.26.0053; Relator (a): Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 13ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/06/2022; Data de Registro: 12/07/2022 – destaquei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ICMS Base de cálculo Pretensão de afastar a incidência do PIS e COFINS Inviabilidade RE nº 574.706 julgado pelo E. STF (Tema 69) Ausência de identidade com a pretensão da agravante Decisão mantida. NEGA-SE PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2104697-72.2022.8.26.0000; Relator (a): Afonso Faro Jr.; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Santo André - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/06/2022; Data de Registro: 26/06/2022 – destaquei)

Por final, fora a questão submetida ao rito dos recursos seriais pelo col. Superior Tribunal de Justiça, sob o Tema nº 1.223, e em sede julgamento dos REsps 2091202/SP, 2091203/SP, 2091204/SP e 2091205/SP, restou reconhecida a legalidade da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do tributo objeto da presente lide. Vide a tese jurídica adotada:

"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".

Diante de tal quadro, não se caracteriza a alegada irregularidade na inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, havendo de ser mantida a r. decisão alvejada nesse ponto.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

Considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional mencionada pelas partes, salientando-se o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a 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).

Pelo exposto, por meu voto, **nego provimento ao recurso**, nos termos delineados supra.

Eventual insurgência apresentada em face deste acórdão estará sujeita a julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, ressaltando-se que as partes poderão, no momento da apresentação do recurso, opor-se à forma do julgamento ou manifestar interesse no preparo de memoriais. No silêncio, privilegiando-se o princípio da celeridade processual, prosseguir-se-á com o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

Márcio Kammer De Lima

Relator