



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000383524

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1046133-84.2024.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PRIVALIA BRASIL S/A (E OUTROS(AS)), PRIVALIA BRASIL S/A, PRIVALIA BRASIL S/A, PRIVALIA BRASIL S/A, PRIVALIA BRASIL S/A e PRIVALIA BRASIL S/A, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª 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 SILVIA MEIRELLES (Presidente) E ALVES BRAGA JUNIOR.

São Paulo, 22 de abril de 2025.

JOEL BIRELLO MANDELLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação nº 1046133-84.2024.8.26.0053

Apelante: Privalia Serviços da Informação Ltda. (e filiais)

**Apelados: Coordenador da Coordenadoria de Fiscalização, Cobrança,
Arrecadação, Inteligência de Dados e Atendimento de São Paulo e Outros**

Comarca: São Paulo

Juíza: Maria Gabriella Pavlóoulos Spaolonzi

Voto nº 3214

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO DO PIS E COFINS NA BASE DE CÁLCULO. SEGURANÇA DENEGADA.

I. Caso em Exame

Contribuinte questiona a inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS, alegando ilegalidade e buscando compensação dos valores pagos a maior.

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 jurisprudência do STF e a legislação vigente.

III. Razões de Decidir 3. Jurisprudência dominante, inclusive desta Câmara de Direito Público, consideram legítima a inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS, pois representam repasses econômicos que integram o valor da operação. **4.** A Lei Complementar 87/96 e o artigo 155 da CF/1988 sustentam a base de cálculo do ICMS como o valor da operação, não havendo inconstitucionalidade na inclusão dos tributos mencionados. **5.** STJ/1.223, em que se fixou a tese 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”.

IV. Dispositivo e Tese 6. Recurso desprovido, com observação quanto ao recolhimento do preparo a maior. Tese de julgamento: **1.** A inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS é legítima, configurando repasse econômico. **2.** O Tema 69 do STF não se aplica ao caso, pois trata de contexto tributário diverso.

Legislação Citada:

CF/1988, art. 155, II; LC 87/96, art. 13, I.

Jurisprudência Citada:

STJ, EDcl no REsp 1336985/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 07/05/2013;

STJ, EDcl no AgRg no REsp 1368174/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 19/05/2016;

TJSP, Apelação 1024829-44.2015.8.26.0053, Rel. Des. Maria Laura Tavares, j. 04/09/2017.

Vistos.

Apelação contra a r. sentença (fls. 201/210), que denegou a segurança em ação mandamental em que se objetiva (i) a confirmação da liminar pleiteada, declarando-se a ilegalidade da inclusão do PIS e da Confins na base de incidência do ICMS, pena de violação ao artigo 155, inciso II, da Constituição Federal; (ii) a declaração do direito da impetrante de proceder à compensação dos valores eventualmente recolhidos a maior com o montante vincendo.

Na origem, trata-se de demanda promovida por **Privalia Serviços da Informação Ltda. (e filiais)**, a qual relata, em resumo, atuar no ramo de comércio varejista de produtos diversos, comercializando roupas, móveis, eletrodomésticos e Eletroeletrônicos. Neste cenário, é contribuinte de PIS, COFINS e ICMS em razão da atividade econômica que exerce. No entanto, o valor relativo ao PIS e COFINS vem sendo cobrado na base de cálculo do ICMS.

A r. sentença desacolheu os pedidos, ponderando que inexistia qualquer inconstitucionalidade da base de cálculo do ICMS, conforme prevista, e ainda que com inclusão do próprio tributo, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação.

Inconformada, a impetrante alega, em preliminares, ter realizado o recolhimento do preparo recursal a maior, motivo pelo qual requer a respectiva certificação, possibilitando-se, assim, a restituição.

No mérito, alega, em síntese, que de acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, deveria prevalecer que o PIS/COFINS não incidiria na base de cálculo do ICMS.

Todavia, ainda que vinculada ao Tema 69, o entendimento das autoridades coatoras possuiria o caminho inverso, uma vez que considerariam que os valores de PIS e COFINS deveriam ser inseridos na base de cálculo do ICMS, já que, no seu entender, integrariam o “valor da operação” da saída de mercadoria.

Seriam incluídos na base de cálculo do imposto alguns elementos expressamente previstos na legislação, tais como frete, seguros, juros, descontos concedidos sob condição etc, quantias essas que seriam acrescidas ao preço e, conseqüentemente, à base de cálculo do ICMS, porquanto inerentes à própria operação de saída da mercadoria, isto é, integrariam o negócio jurídico celebrado entre o contribuinte e o seu cliente, do qual resultaria a transferência da propriedade da mercadoria e a sua conseqüente “saída” do estabelecimento comercial.

Faria sentido incluir o frete, os juros, os descontos sob condição etc, na base de cálculo, pois seriam inerentes à operação. Já os valores de PIS e COFINS recolhidos pelo vendedor das mercadorias não teriam relação direta com a operação de circulação de mercadoria, mas se refeririam a tributos os quais incidiriam sobre receita e faturamento, apuradas posteriormente, ao final do período.

Somente a lei poderia exigir tributo, bem como estabelecer a fixação da sua base de cálculo.

A autoridade coatora teria desrespeitado os princípios da capacidade contributiva e de vedação ao confisco previstos nos artigos 145, §1º e 150, inciso IV, ambos da Constituição Federal.

Os valores relativos ao PIS e COFINS não seriam por ela apropriados, uma vez que seriam destinados aos cofres federais, no âmbito da apuração e recolhimento das contribuições.

O Supremo Tribunal Federal teria aniquilado o debate acerca da exclusão do ICMS na base do PIS e da COFINS, quando do julgamento do RE 574.706, datado de 15/03/2017, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 69), na medida em que teria pacificado o entendimento de que os valores recolhidos a título de ICMS não deveriam ser incluídos na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Busca, assim, a concessão da segurança, para que se reconheça seu direito líquido e certo de não incluir o valor das contribuições ao PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, além do direito de compensar/restituir os valores de ICMS recolhidos indevidamente nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento desta demanda e durante a sua tramitação – a teor da Súmula nº 213 do Superior Tribunal

de Justiça (fls. 218/243).

Recurso tempestivo, preparado, respondido às fls. 133/137.

Intimada, a Procuradoria de Justiça deixou de se manifestar sobre o caso concreto (fls. 286/288).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

De início, como afirmado pela impetrante, houve o recolhimento do preparo a maior (emissão da guia no montante de R\$ 42.752,50, quando o correto seria R\$ 4.275,25, considerando-se o valor atribuído à causa, atualizado), sendo que a ela caberá postular sua restituição diretamente à Fazenda do Estado.

Ainda em preliminares, tendo em vista que a presente apelação já se encontra em fase de julgamento, mostra-se prejudicada, a esta altura, a pretensão de suspensão dos efeitos da sentença recorrida até a apreciação do recurso.

No mais, o *periculum in mora* não se mostra nítido no presente momento, ainda mais diante do iminente julgamento.

Portanto, não se vislumbra, por ora, os requisitos para a excepcional concessão de tutela recursal (artigo 1.012, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil).

Quanto ao mérito, cinge-se a controvérsia à possibilidade de inclusão do PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS.

Conforme observado na sentença e assente jurisprudência desta Câmara de Direito Público, é cabível a cobrança tal como realizada.

O artigo 155, II, da Constituição Federal prevê a consideração do montante da operação, e não a mercadoria ou o serviço, para a fixação da base de cálculo do ICMS.

A contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) apenas representam repasses econômicos integrantes do valor da operação, para os respectivos destinatários finais.

Nesse contexto, a Lei Complementar 87/96 dispõe 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 artigo 13 da Lei Complementar Estadual nº 87/96 está em conformidade com o disposto no artigo 155 da CF.

Daí não decorre ofensa às normas constitucionais e infraconstitucionais invocadas pelo apelante.

Não se vislumbra inconstitucionalidade ou ilegalidade na inclusão das contribuições PIS e COFINS na base de cálculo do imposto, uma vez que compõem o preço como repasse econômico (e não jurídico) ao consumidor final.

Nesse contexto, inaplicável o tema 69 do STF que, ademais, trata de hipótese diversa. Cabe anotar, a base de cálculo do PIS e da COFINS (tributos federais) não se confunde com a base de cálculo do ICMS (tributo estadual).

Em outras palavras, e como bem ressaltado pela E. Desembargadora Maria Laura Tavares, *"o que se tributa formalmente a título de ICMS é o valor da operação de circulação de mercadorias (base de cálculo legitimamente prevista na legislação), e não as contribuições ao PIS e COFINS"*. (Apelação 1024829-44.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, julgado em 04/09/2017).

O Colendo STJ exarou entendimento no sentido de que o cômputo do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS é legítimo, uma vez que se trata de mero repasse econômico que integra o valor da operação.

Confira-se:

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. PREMISSA 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 Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 17/12/2012).

3. Embargos de Declaração acolhidos sem efeito modificativo” (EDcl no AgRg no REsp 1368174/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 19/05/2016)”.

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESENÇA DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS E CONFINS NAS FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA. ART. 13, §1º, II, "A", DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/96.

1. O tema que versa sobre a inclusão das contribuições ao PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS subiu a esta Corte via recurso especial, no entanto o acórdão aqui proferido julgou matéria diversa, qual seja: a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS. Sendo assim, os aclaratórios merecem acolhida para que seja abordado o tema correto do especial.

2. Não há qualquer ilegalidade na suposta inclusão das contribuições ao PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS conforme o efetuado pela concessionária. A referida inclusão é suposta porque as contribuições ao PIS e COFINS são repassadas ao consumidor final apenas de forma econômica e não jurídica, sendo que o destaque na nota fiscal é facultativo e existe apenas a título informativo.

3. Sendo assim, o destaque efetuado não significa que as ditas contribuições integraram formalmente a base de cálculo do ICMS, mas apenas que para aquela prestação de serviços corresponde proporcionalmente aquele valor de PIS e COFINS, valor este que faz parte do preço da mercadoria/serviço contratados (tarifa). A base de cálculo do ICMS continua sendo o valor da operação/serviço prestado (tarifa).

4. Por fim, não se pode olvidar que o art. 13, §1º, II, "a", da Lei Complementar n. 87/96, assim dispõe em relação à base de cálculo do ICMS: "Integra a base de cálculo do imposto [...] o valor correspondente a [...] seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição".

5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para dar provimento ao recurso especial". (EDcl no REsp 1336985 / MS , relator Mauro Campbell Marques, julgado em 07/05/2013).

No mesmo sentido é o entendimento desta 6ª Câmara de Direito Público:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. Não há ilegalidade na inclusão de PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS, pelo fato de o repasse compor o valor do serviço prestado ao consumidor. Mero repasse econômico. 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. NULIDADE DAS CDAs. Créditos declarados e não pagos pelo contribuinte por autolancamento. Desnecessidade de procedimento administrativo. Inteligência das Súmulas 436 do STJ e 26 do TJSP. 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. RECURSO DESPROVIDO” (Agravado de Instrumento 2197249- 90.2021.8.26.0000; Rel.: Alves Braga Junior; Data do Julgamento: 23/11/2021).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – ICMS - Exceção de pré-executividade - Rejeição - Ausência de ilegalidade na inclusão do PIS e COFINS

na base de cálculo do ICMS - Mero repasse econômico que integra o valor da operação - Jurisprudência sedimentada do STJ Precedentes deste E. Tribunal
Decisão mantida Recurso não provido” (Agravado de Instrumento 2189118-29.2021.8.26.0000; Rel.: Maria Olívia Alves; Data do Julgamento: 21/09/2021).

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça apreciou, recentemente, o Tema 1.223, de repercussão geral, fixando a seguinte tese jurídica: “*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 assentada pela Suprema Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, não socorre à apelante, eis que o que ficou estabelecido foi que “*o ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS*”, tratando-se, portanto, de contexto tributário diverso.

Portanto, a denegação da segurança era medida impositiva.

O presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando clara as razões do *decisum*, e rebatendo todas as teses levantadas pelas partes capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgado, em observação ao que dispõe o artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil (STJ. Embargos de Declaração no MS 21.315-DF, julgado em 8/6/2016 – Info 585).

Todavia, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria suscitada, observando-se que não houve afronta a nenhum dispositivo infraconstitucional e constitucional.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO**, com observação no tocante à diferença atinente ao recolhimento do preparo a maior, o que poderá ser reclamado junto à Fazenda do Estado, inclusive administrativamente.

JOEL BIRELLO MANDELLI

Relator