



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

Registro: 2025.0000396761

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1060043-81.2024.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NOVAK & GOUVEIA LTDA, é apelado 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 OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente) E RICARDO DIP.

São Paulo, 24 de abril de 2025.

MÁRCIO KAMMER DE LIMA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação Cível nº 1060043-81.2024.8.26.0053

Apelante: Novak & Gouveia Ltda **Apelado:** Estado de São Paulo

Interessado: Subcoordenador de Fiscalização, Cobrança, Arrecadação Inteligência de Dados e Atendimento - SUBFIS

Comarca: São Paulo

Juiz de Direito: Simone Gomes Rodrigues Casoretti

Voto nº 6284

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DE PIS/COFINS. DENEGAÇÃO.

1. Valores do PIS e da COFINS que integram regularmente 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 dos recursos seriais pela Corte Superior, 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 mandando de segurança impetrado por Novak & Gouveia Ltda contra ato praticado pelo Ilmo. Sr. Subcoordenador de Fiscalização, Cobrança, Arrecadação, Inteligência de Dados e Atendimento - SUBFIS, visando à exclusão das parcelas das contribuições do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS, bem como o reconhecimento do direito de compensação de valores recolhidos indevidamente, nos moldes da súmula 213 do STJ e art. 165 do CTN, atualizados e corrigidos pela taxa aplicada pelo Estado de São Paulo, desde a data de cada pagamento indevido.

Ao apreciar o mérito, por não vislumbrar ofensa à direito líquido e certo ao direito do autor, deliberou o d. juízo de origem a denegação da segurança pleiteada.

Do decidido, interpõe a parte autora recurso de apelação visando à reforma integral do desfecho de origem. Sustenta, *ab initio*, a inaplicabilidade imediata do Tema 1.223 do STJ ao presente feito sob o argumento de que embora o STJ tenha, a princípio, finalizado o julgamento do versado Tema, os Recursos Especiais representativos de controvérsia ainda não transitaram em julgado, pelo que alega ser de rigor a determinação de suspensão, em todo o território nacional, de todos os processos que versam acerca da matéria até que, de fato, seja concluído seu julgamento. Nesse sentido, invoca a observância da recomendação do CNJ nº 134/2022 e traz precedentes de situações semelhantes, porém, de outros Temas para defender a sua tese. No mais, alega, em breve síntese, que a legislação paulista, de forma inconstitucional, prevê a inclusão na base de cálculo do ICMS de elementos que não guardam relação com a efetiva circulação de mercadoria, tais como as parcelas de PIS e COFINS incidentes sobre as receitas decorrentes das mesmas operações mercantis. Acrescenta que a lei elenca que a base de cálculo é o valor da operação, sendo esta definida com a inclusão do montante do próprio imposto, cumulados com o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição. Aduz que a cobrança fere os princípios da legalidade, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, requerendo, ao final, integral provimento do recurso para o fim de reformar a r. sentença e permitir a compensação dos valores recolhidos indevidamente.

Respondeu-se ao recurso, sem arguição de preliminares recursais.

Dispensado o endereçamento dos autos à douta Procuradoria Geral de Justiça por não vislumbrar o Ministério Público, em manifestação anterior, hipótese de intervenção na qualidade de fiscal do ordenamento jurídico.

Esse, o relatório do necessário, em acréscimo ao da r. sentença.

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

Como anota a própria apelante, a Lei Complementar nº 87/1996 disciplina, em seu artigo 13, a base de cálculo do ICMS, constando dos §§ 1º e 2º o seguinte:

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.

O tema já foi por diversas vezes apreciado por este Tribunal de Justiça, conforme tem julgado esta 11ª Câmara de Direito Público, inclusive desta relatoria, em casos símiles ao dos autos:

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. INCIDENTE DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DE PIS/COFINS. Recurso tirado contra decisão de rejeição de incidente de pré-executividade voltado à nulidade dos títulos executivos devido à inclusão do PIS e COFINS na 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 dos recursos seriais pela Corte Superior sob o Tema nº 1.223, que dirá sobre a "legalidade da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS", com ordem de sobrestamento limitada aos recursos especiais. Preservação do entendimento que se vem firmando no âmbito desta Corte Bandeirante até que sobrevenha, se o caso, fixação de tese em sentido contrário. 3. Honorários advocatícios sucumbenciais. Majoração. Impossibilidade. Incabível a fixação da verba honorária em caso de rejeição de exceção de pré-executividade. Precedentes do col. Superior Tribunal de Justiça e desta eg. Corte Bandeirante. 3. Decisão de origem parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2278747-09.2024.8.26.0000; 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: 02/10/2024; Data de Registro: 02/10/2024)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução fiscal - Inconformismo diante de decisão que rejeitou exceção de pré-executividade - 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
Apelação Cível nº 1060043-81.2024.8.26.0053 - Voto nº 6284;

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

Complementar nº 87/1999 (Lei Kandir) - Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal de Justiça - Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2257046-89.2024.8.26.0000; Relator (a): Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais - Vara das Execuções Fiscais Estaduais; Data do Julgamento: 30/09/2024; Data de Registro: 30/09/2024)

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)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – Inconformismo diante de decisão que rejeitou exceção de pré-executividade – 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 2270444-40.2023.8.26.0000; Relator (a): Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos - SETOR DE EXECUÇÕES FISCAIS DA COMARCA DE GUARULHOS; Data do Julgamento: 07/12/2023; Data de Registro: 07/12/2023)

Convoco, a propósito, julgado do col. STJ acerca do tema:

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

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 – destaquei)

Diante de tal quadro, não se caracteriza a alegada irregularidade na inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS.

Consigna-se, por oportuno, que não prospera a convocação do raciocínio adotado pelo eg. STF 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 a base de cálculo de tributos federais, objeto de outra ordem de cogitação. É dizer, caracteriza-se questão distinta da 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 574.706/PR), fixou tese no sentido de que o ICMS não compõe a base de

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

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:

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 RECURSO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2174188-98.2024.8.26.0000; Relator (a): Afonso Faro Jr.; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Indaiatuba - SAF - Serviço de Anexo Fiscal; Data do Julgamento: 04/07/2024; Data de Registro: 04/07/2024)

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)

Por final, destaca-se que a questão fora submetida ao rito dos recursos seriais pelo col. Superior Tribunal de Justiça, no âmbito dos REspS 2091202/SP, 2091203/SP, 2091204/SP e 2091205/SP - Tema nº 1.223, cuja tese recentemente firmada foi a seguinte:

"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. sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Sem honorários sucumbenciais, à força do disposto no art. 25 da Lei nº 12.016/09.

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).



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

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

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.

MARCIO KAMMER DE LIMA

Relator