



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000405967

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1053290-11.2024.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TWB INDUSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLASTICOS LTDA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª 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 MAGALHÃES COELHO (Presidente sem voto), RUBENS RIHL E ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 28 de abril de 2025.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 22304

APELAÇÃO Nº 1053290-11.2024.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO

APELANTE: TWB INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA.

APELADOS: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS

Julgador de Primeiro Grau: Luiz Fernando Rodrigues Guerra

DIREITO TRIBUTÁRIO – RECURSO DE APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – PEDIDO DE EXCLUSÃO DOS VALORES DE CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS – DESPROVIMENTO.

1. Pleito de exclusão dos valores de contribuição ao PIS e COFINS da base de cálculo do ICMS. Sentença que denegou a segurança.

2. Irresignação da impetrante.

3. Descabimento. O STF fixou, no bojo do RE nº 574.706/PR (Tema nº 69), a tese de que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS. Adoção da premissa de que a base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento da empresa, ao passo que a base de cálculo do ICMS é o valor da mercadoria. Impossibilidade de aplicação, assim, do entendimento fixado pelo STF nestes autos. O PIS e a COFINS são repassados ao consumidor final apenas de forma econômica e, assim, integram o valor da operação base de cálculo do ICMS (art. 28-A, I, da Lei Estadual nº 6.374/89). Precedentes do STJ e deste Tribunal de Justiça.

4. Sentença mantida. Recurso não provido.

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **TWB INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA.** contra a r. sentença de fls. 408/413, que, nos autos do mandado de segurança impetrado em face do **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE ARRECAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, denegou a segurança.

Em suas razões recursais (fls. 430/440), a apelante requer a reforma do ato judicial impugnado, a fim de que seja concedida a segurança pleiteada. Para tanto, aduz, em suma, que se trata de mandado de segurança voltado a

que a autoridade coatora se abstenha de exigir a inclusão do valor correspondente a PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS, bem como assegurar o direito líquido e certo da impetrante à repetição do indébito tributário dos valores recolhidos indevidamente no quinquênio que antecedeu a propositura da ação. Afirma que a demanda deve ser sobrestada até o julgamento definitivo do Tema 1.223 pelo Superior Tribunal de Justiça. Adiante, sustenta que a base de cálculo do tributo estadual incide sobre o valor de circulação referente à mercadoria ou serviço, ou seja, calcula-se o ICMS em torno da transferência jurídica da mercadoria ou serviço, de modo que as regras matrizes não albergam o PIS e a COFINS. Pondera que inexistente amparo legal que permita a cobrança de PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS, sendo que o entendimento contrário implicaria na base de cálculo do imposto estadual ser agregada por contribuições sociais, em uma autêntica bitributação. Argumenta que o PIS e a COFINS são calculados com base na receita do contribuinte, o que não guarda em nenhum de seus fatores correlação com o valor da operação de mercadorias ou serviços. Assevera que a ausência de capacidade contributiva foi fator determinante para o Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, concluir que o ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, entendimento a ser aplicado por analogia ao caso em comento. Ao final, aponta direito à repetição do indébito.

Foram apresentadas contrarrazões pela FESP às fls. 448/458.

É o relatório.

DECIDO.

Estão presentes os requisitos de admissibilidade recursal.

Verte dos autos que a empresa TWB Indústria e Comércio de Produtos Plásticos Ltda. impetrou o presente mandado de segurança contra ato atribuído ao Coordenador da Coordenadoria de Arrecadação Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, requerendo, em suma, o seguinte:

*“a) determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir o recolhimento do ICMS com a inclusão em sua base de cálculo do PIS e da Cofins;
(...)”*

e) em decorrência, seja determinado à autoridade coatora que abstenha de praticar quaisquer atos punitivos contra a impetrante, vale dizer, autuações fiscais, inscrições de eventuais débitos da contribuição ora hostilizada em dívida ativa, comunicações ao CADIN, emissão de notificações para pagamento, recusa de expedição de CND em razão dos não recolhimentos futuros dessa exação tributária.

(...)

g) declarar a inexistência de relação jurídica tributária que obrigue a impetrante incluir o PIS e a Cofins na base de cálculo do ICMS;

h) reconhecer o direito à repetição do indébito tributário dos valores recolhidos indevidamente no quinquênio que antecedeu a propositura da ação, bem como no curso da presente demanda, cujo indébito deverá ser devidamente atualizado pelo mesmo índice de atualização do tributo, desde a data em que recolhidos com a indevida inclusão do PIS/COFINS em sua base de cálculo.” (fls. 11/12).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 574.706/PR (Tema nº 69), fixou a tese de que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS, a saber:

“1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

Todavia, a tese fixada pelo STF partiu da premissa de que a base de cálculo do PIS e da COFINS é o **faturamento** da empresa, ao passo que a base de cálculo do ICMS é o **valor da mercadoria**, de tal sorte que não é possível aplicar o entendimento fixado pela Corte Suprema à hipótese dos autos.

Lado outro, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já se debruçou sobre a questão, no sentido de que o PIS e a COFINS são repassados ao consumidor final apenas de forma econômica e, assim integram o valor da operação 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. 1 Pleno, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 15.3.2017, DJe 29.9.2017. 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)”. (EDcl no AgRg no REsp nº 1368174, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 19.05.16)

Das contrarrazões apresentadas pela FESP (fls. 448/458), extrai-se o seguinte: *“Os valores pagos a título de PIS e a COFINS compõem a base de cálculo do ICMS porque incluem-se na medida econômica da hipótese de incidência, legalmente determinada como valor da operação”*. Tal afirmativa extrai-se diretamente da interpretação do art. 28-A, inciso I, da Lei Estadual nº 6.374/1989:

“Artigo 28-A - Na falta de preço final a consumidor, único ou máximo, autorizado ou fixado por autoridade competente, a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária em relação às operações ou prestações subsequentes será: (NR)

I - o valor da operação ou prestação praticado pelo sujeito passivo por substituição tributária ou pelo contribuinte substituído intermediário, incluídos os valores correspondentes a frete, carreto, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ao adquirente, acrescido do valor resultante da aplicação de percentual de margem de valor agregado estabelecido conforme disposto no artigo 28-C;” (Destaquei)

Em casos análogos, já se manifestou esta 1ª Câmara de

Direito Público:

“EXECUÇÃO FISCAL – Exceção de pré-executividade – ICMS – Pretensão de excluir o PIS e a COFINS da base de cálculo de ICMS – Hipótese que não se confunde com aquela objeto do Tema nº 69 da Repercussão Geral – Tese lá fixada que não se estende por conta de o ICMS ter base de cálculo distinta do PIS e da COFINS – PIS e a COFINS são repassados ao consumidor final apenas de forma econômica – Inclusão na base de cálculo do ICMS – Precedentes – Recurso não provido.” (TJSP; Agravo de Instrumento 2212772-79.2020.8.26.0000; Relator (a): Luís Francisco Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais - Seção de Processamento I; Data do Julgamento: 15/11/2020; Data de Registro: 15/11/2020)

“Agravo de Instrumento – Execução Fiscal – Decisão que manteve o PIS e a COFINS na base de cálculo do ICMS – O cômputo do PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS decorre de expressa previsão legal – Não se aplica, no presente caso, o decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706 (Tema nº 69) – Precedentes – Recurso não provido.” (TJSP; Agravo de Instrumento 2239520-51.2020.8.26.0000; Relator (a): Aliende Ribeiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais - Vara das Execuções Fiscais Estaduais; Data do Julgamento: 29/10/2020; Data de Registro: 29/10/2020)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – Insurgência contra decisão do juízo de origem que indeferiu o pedido de liminar que visava a suspensão da exigibilidade do ICMS com a inclusão da contribuição ao PIS/Pasep e da COFINS em sua base de cálculo – Decisório que merece subsistir – Revisão pelo juízo de segundo grau de deferimento ou indeferimento de liminar adstrito às hipóteses de decisões ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável – Hipóteses não configuradas no presente caso – Inexistência, no particular, da verossimilhança das alegações – Jurisprudência do E. STJ e desta E. Corte Bandeirante a indicar a constitucionalidade e legalidade da inclusão do PIS e da COFINS sobre a base de cálculo do ICMS – Caso concreto que não se

amolda ao quanto decidido pelo E. STF no julgamento do RExt nº 574.706 (Tema nº 69), onde restou fixada a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS - Impossibilidade de concessão da medida liminar – Recurso não provido.” (TJSP; Agravo de Instrumento 2212110-18.2020.8.26.0000; Relator (a): Rubens Rihl; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/09/2020; Data de Registro: 23/09/2020)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - Impossibilidade de inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS - Irresignação - Descabimento - Ato que se insere na esfera de discricionariedade regradada do julgador - Expressiva corrente jurisprudencial favorável à legitimidade da cobrança. Periculum in mora questionável - Manutença. Concessão do benefício da justiça gratuita à Pessoa jurídica Alegada a impossibilidade de arcar com as custas processuais - Rejeição - Irresignação - Descabimento - Ausência de demonstração de dificuldade financeira - PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO Agravo de Instrumento nº 2239520-51.2020.8.26.0000 -Voto nº 20253 5 Não atendimento ao disposto no art. 98, do CPC, tampouco à Súmula 481 do STJ. Decisão mantida. Recurso negado.” (TJSP 1ª Câmara de Direito Público Rel. Danilo Panizza Agravo de Instrumento nº 2076698-52.2019.8.26.0000 J. 03.06.2019).

Público: Não é outra a jurisprudência desta Seção de Direito

“MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - ICMS - Inclusão de PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS - Possibilidade - Mero repasse econômico que integra o valor da operação - Precedentes desta Corte e do STJ - Precedente do STF no julgamento do RE nº 574.706 que não se adequa ao caso concreto, porque trata de hipótese inversa a dos autos - Sentença mantida - Recurso não provido.” (TJSP 8ª Câmara de Direito Público Rel. Percival Nogueira Apelação Cível nº 1057401-14.2019.8.26.0053 J. 12.08.2020).

“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 que denegou a segurança mantida - Recurso de apelação desprovido.” (TJSP 12ª Câmara de Direito Público Rel. J. M. Ribeiro de Paula J. 11.08.2020).

Assim sendo, não merece reparos a sentença recorrida (fls. 408/413), mostrando-se importante registrar o seguinte trecho da decisão, em que bem solucionou a lide posta:

“(…) Não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na inclusão das contribuições ao PIS e ao COFINS na base de cálculo do ICMS, afinal, elas integram o valo da operação na medida em que o valor apontado em notas fiscais de venda de mercadorias é uma quantificação matemática do que seria a incidência proporcional sobre o faturamento decorrente de cada operação de venda de mercadoria. O valor repassado ao contribuinte é na realidade essa quantificação proporcional (para aquela venda de mercadorias corresponde proporcionalmente aquele valor de PIS e COFINS, valor este que faz parte do preço da mercadoria, sendo facultativamente informado ao contribuinte), e não tributo em si, de forma que o repasse é meramente econômico, e não jurídico.” (fls. 409/410).

No mais, vale notar que, no bojo do REsp nº 2.091.202/SP (Tema 1.223), o Superior Tribunal de Justiça consolidou o reconhecimento da legalidade da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, por se tratar de encargos que compõem o preço final da operação e que, portanto, integram a circulação econômica da mercadoria.

Sem honorários por se tratar de mandado de segurança.

Custas *ex lege*.

De resto, para facultar eventual acesso às vias especial e extraordinária, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional, observando a remansosa orientação do STJ, no sentido de que, na hipótese de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão colocada tenha sido decidida.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ante o exposto, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do recurso de apelação interposto.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA
Relator