



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2021.0000820109**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2189854-47.2021.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante SESIRA APOIO EMPRESARIAL EIRELI, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 2ª 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 CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO E LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 5 de outubro de 2021.

**MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica

**Voto nº 1.651**

**Agravo de Instrumento nº 2189854-47.2021.8.26.0000**

**Agravante:** Sesira Apoio Empresarial Eireli

**Agravada:** Fazenda Pública do Estado de São Paulo

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ICMS – Pretensão de exclusão dos valores do PIS/COFINS da base de cálculo do ICMS – Impossibilidade – Entendimento firmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça de que não há ilegalidade na inclusão de PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, pelo fato de o repasse compor o valor do serviço prestado ao consumidor – Decisão mantida.  
RECURSO DESPROVIDO.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de concessão de efeito ativo interposto por SESIRA APOIO EMPRESARIAL EIRELI, contra decisão (fls. 79 a 84 dos autos de origem) que acolheu em parte a exceção de pré-executividade apresentada pela agravante, determinando-se a exclusão do débito executado dos valores de juros de mora superiores à taxa SELIC, mas mantendo a inclusão do PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS.

Segundo a agravante, que está sendo executada por débitos fiscais de ICMS, há mácula no título executivo em decorrência da inclusão, na base de cálculo do ICMS, de valores de PIS/COFINS, o que é inconstitucional.

O pedido de concessão do efeito ativo foi indeferido (fls. 144 a 147).

Apresentada contraminuta às fls. 154 a 159.

É o relatório.

A despeito dos esforços da agravante, não é caso de acolhimento do recurso.

Com efeito, o art. 2º da LC nº 70/91 e o art. 2º da Lei Federal nº 9.178/98 estabelecem que o PIS e a COFINS são apurados sobre o faturamento da empresa.

O precedente do C. Supremo Tribunal Federal no RE 574.706/PR, (Tema nº 69) determina a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. O inverso, no entanto, ainda pode ocorrer.

Importa consignar que a agravante almeja a exclusão do PIS e COFINS da base de cálculo do ICMS, situação já legitimada pelo Superior Tribunal de Justiça.

O entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser legítima a inclusão do PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS, tendo em vista tratar-se de mero repasse econômico que integra o valor da operação:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. PREMISSE 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 Cconvocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 17/12/2012).

3. Embargos de Declaração acolhidos sem efeito.

(STJ. EDcl no AgRg no REsp 1368174/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 01/06/2016);

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.

(STJ. EDcl no REsp 1336985/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 13/05/2013).

Note-se que o ICMS integra o preço, e consequentemente, o faturamento, portanto é possível ainda compor a base de cálculo da COFINS e PIS.

Pois tais motivos, deve ser mantida a r. decisão agravada.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Eventuais recursos que sejam interpostos contra este julgado, salvo expressa e oportuna oposição, estarão sujeitos ao julgamento virtual.

**MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**RELATORA**