



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara de Direito Público (antiga Sétima Câmara Cível)

Apelação Cível nº 0007013-08.2024.8.19.0001

FLS.01

Apelante: Telefônica Brasil S.A.

Apelado: Estado do Rio de Janeiro

Relator: Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

ACÓRDÃO

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. INCLUSÃO DO PIS E DA COFINS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. LEGALIDADE. TEMA 1.223 DO STJ. INCIDÊNCIA IMEDIATA. SEGURANÇA DENEGADA. DESPROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação da Contribuinte em face da sentença que denegou a segurança em Mandado de Segurança impetrado com o fim de excluir os valores relativos às contribuições do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS, bem como assegurar o direito à restituição ou compensação dos valores indevidamente recolhidos nos cinco anos anteriores a sua impetração.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se é possível excluir da base de cálculo do ICMS os valores correspondentes às contribuições do PIS e da COFINS.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O STJ, ao julgar os REsp's Repetitivos nºs 2.091.202/SP, 2.091.203/SP, 2.091.204/SP e 2.091.205/SP (Tema 1.223), fixou tese 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".

4. Inaplicável a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706/PR, sob a sistemática da repercussão geral, pois nesse caso foi analisada a base de cálculo do PIS e da COFINS (conceito de receita e faturamento), concluindo





Apelação Cível nº 0007013-08.2024.8.19.0001

FLS.02

pela exclusão do ICMS desse conceito. A controvérsia dos autos trata da base de cálculo do ICMS que, nos termos do artigo 13 da LCP 87/96, corresponde ao valor da operação que constitui o fato gerador do imposto.

5. Ausência de ilegalidade no ato administrativo de inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, não existindo, portanto, direito líquido e certo a amparar a pretensão das impetrantes.

6. Pendência de recurso extraordinário que não constitui óbice à aplicação imediata da tese fixada no Tema 1.223 do STJ. Consoante o disposto no art. 927, III do CPC, os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos são de observação obrigatória pelos juízes e tribunais, não se fazendo necessário aguardar o trânsito em julgado.

IV. DISPOSITIVO E TESE

7. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: “Não há ilegalidade na inclusão dos valores relativos ao PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS na hipótese em que a base de cálculo é o valor da operação, por configurar repasse econômico, conforme tese fixada no Tema 1.223/STJ, não sendo aplicável, por analogia, a tese fixada no Tema 69/STF.”

Dispositivos relevantes citados: LC n.º 87/1996, art. 13; CPC, art. 927, III.

Jurisprudência relevante citada: Tema n.º 1.223/STJ; STJ, AgInt no AREsp n.º 2.421.646/GO, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 16.06.2025; STJ, AgInt no AREsp n.º 2.635.267/MT, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 04.11.2024; STJ, AgInt no REsp n.º 1.992.370/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 27.05.2024; TJRJ, Apel n.º 0131872-33.2023.8.19.0001, Rel. Des. Fernando



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara de Direito Público (antiga Sétima Câmara Cível)

Apelação Cível nº 0007013-08.2024.8.19.0001

FLS.03

Cesar Ferreira Viana, Sétima Câmara de Direito Público, j. 25.03.2025; TJRJ, Apel n.º 0048824-02.2022.8.19.0038, Rel. Des. Ana Cristina Nascif Dib Miguel, Sétima Câmara de Direito Público, j. 15.01.2025.

RELATÓRIO

Cuida a hipótese de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Telefônica Brasil S.A. contra supostos atos praticados por autoridades da Secretaria de Estado de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, visando à exclusão dos valores relativos às contribuições do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS, com a restituição ou compensação dos valores recolhidos a tal título nos cinco anos anteriores à impetração.

Como causa de pedir alegou que segundo entendimento firmado no RE n.º 574.706/PR, sob a sistemática da repercussão geral (Tema 69 do STF), somente podem ser considerados na base de cálculo do PIS e da COFINS os ingressos que se agreguem positiva e definitivamente ao patrimônio do contribuinte, o que não ocorre com o ICMS ou com quaisquer outros tributos que, apesar de naturalmente estarem englobados pela receita auferida (por estarem destacados na nota fiscal ou por comporem o preço da mercadoria/serviço), são posteriormente repassados aos entes federados. Sustentou ainda a inconstitucionalidade e ilegalidade da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, uma vez que a legislação do Estado do Rio de Janeiro não autoriza a inclusão dos valores das referidas contribuições como hipótese de alargamento da base de cálculo do ICMS.

A petição inicial de fls. 09/24 foi instruída com os documentos de fls. 27/477.

Pela decisão de fls. 05/06, o Juízo da 15ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital declinou da competência para um dos juízos com competência tributária.

Após a redistribuição do feito para a 11ª Vara de Fazenda Pública, o Juízo *a quo*, pela decisão de fls. 506/507, indeferiu a liminar requerida.

Contra tal decisão foram opostos Embargos de Declaração pela Impetrante às fls. 516/518 alegando omissão quanto à aplicabilidade do precedente firmado pelo STF no Tema 69 (RE 574.706/PR), os quais foram contrarrazoados às fls. 530/535.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara de Direito Público (antiga Sétima Câmara Cível)

Apelação Cível nº 0007013-08.2024.8.19.0001

FLS.04

As Autoridades Coatoras prestaram informações às fls. 540/547 alegando: (i) a inadequação da via eleita por inexistência de prova pré-constituída; (ii) inaplicabilidade do Tema 69 do STF; e (iii) proibição de compensação ou de restituição de valores pretéritos.

Já o Estado do Rio de Janeiro apresentou impugnação às fls. 549/566 sustentando: (i) impossibilidade de utilização do mandado de segurança contra lei em tese; (ii) ausência de ato ilegal ou praticado com abuso de poder; (iii) que a base de cálculo do ICMS refere-se aos custos da mercadoria e de sua circulação, ou seja, ao custo total da operação, diferentemente do que ocorre com o PIS e COFINS, cuja base de cálculo é o faturamento, não havendo falar, portanto, na aplicação do Tema nº 69 do STF que tem por razão de decidir fundamento diverso do objeto do presente writ; (iv) que o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança e sua concessão não produz efeitos patrimoniais retroativos, os quais que devem ser reclamados pela via própria.

Pela decisão de fls. 574/576 foram acolhidos os Embargados de Declaração opostos pela Impetrante para suprir a omissão apontada, porém, sem atribuição de efeitos modificativos.

O Ministério Público, às fls. 587/589, opinou pela denegação da segurança.

Sobreveio então a sentença às fls. 594/596, que denegou a ordem, condenando a Impetrante ao pagamento das custas processuais, sem imposição de honorários advocatícios.

Inconformada, apelou a Impetrante às fls. 607/623 sustentando, em preliminar, a necessidade de suspensão do feito até o pronunciamento final do Superior Tribunal de Justiça acerca do Tema n.º 1.174. Defendeu, por outro lado, ser prematura a aplicação do Tema n.º 1.223, pois embora tenha havido o julgamento dos Recursos Especiais pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo sido fixada tese no sentido da legalidade da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, tal decisão não é definitiva, pois foram opostos Embargos de Declaração nos autos dos REsp nºs 2.091.202/SP e 2.091.204/SP, ambos ainda pendentes de julgamento. No mais, invocou em seu favor o acórdão do REsp nº 1.961.685/SP, que discute justamente a possibilidade de excluir, do cálculo do ICMS, os valores relativos ao PIS e à COFINS – mesma matéria objeto do *mandamus*. Reafirmou que além da ausência de previsão legal na legislação estadual, a inclusão dos valores relativos ao PIS e a COFINS na base de cálculo do ICMS viola o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706.





Apelação Cível nº 0007013-08.2024.8.19.0001

FLS.05

O Estado do Rio de Janeiro apresentou contrarrazões às fls. 632/650 pugnando pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça não manifestou interesse em intervir no feito (fls. 666/667)

Esse o Relatório.

VOTO

De início, deve ser rejeitado o pedido inicial de sobrestamento do feito fundado no Tema 1.174 do Superior Tribunal de Justiça por se tratar de matéria estranha ao objeto deste *writ*.

No mérito, a controvérsia gira em torno da legalidade da inclusão dos valores relativos ao PIS e à COFINS na base de cálculo do ICMS.

A tese defendida pela Apelante foi devidamente analisada pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos n.º 2.091.202/SP, 2.091.203/SP, 2.091.204/SP e 2.091.205/SP (Tema 1.223), ocasião em que foi fixado entendimento 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”*.

Confira-se a ementa dos referidos julgados:

TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO PIS E DA COFINS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. VALOR DA OPERAÇÃO. REPASSE ECONÔMICO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL ESPECÍFICA PARA EXCLUSÃO. FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO: RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE NEGADO PROVIMENTO.
1. A base de cálculo do ICMS será o valor da operação nas hipóteses legais (artigo 13 da Lei Complementar 87/96).
2. "O imposto não está limitado ao preço da mercadoria, abrangendo também o valor relativo às condições estabelecidas e assim exigidas do comprador como pressuposto para a própria realização do negócio."



Apelação Cível nº 0007013-08.2024.8.19.0001

FLS.06

(REsp n. 1.346.749/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 10/2/2015, DJe de 4/3/2015.)

3. O PIS e a COFINS incidem, dependendo do regime de tributação da pessoa jurídica, sobre suas receitas totais ou faturamento, observadas as exceções legais. As receitas e o faturamento podem ser considerados ingressos definitivos nas contas do contribuinte, sem qualquer transitoriedade, a ponto de ensejar a incidência das contribuições.

4. **O PIS e a COFINS são repassados economicamente ao contribuinte porque não incidem diretamente sobre o valor final a ser cobrado do consumidor, diferentemente de impostos como o ICMS e o IPI que, de forma legal e constitucional, têm o repasse jurídico autorizado. Por ser o repasse econômico, é legal a inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS.**

5. **Por ausência de previsão legal específica, não é possível excluir o PIS e a COFINS da base de cálculo do ICMS.**

6. Tese jurídica de eficácia vinculante, sintetizadora da ratio decidendi deste julgado paradigmático: **"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".**

7. Não estão preenchidos os requisitos legais autorizadores da modulação de efeitos do julgado paradigmático, pois o entendimento até então estabelecido pelo STJ está mantido.

8. Solução do caso concreto: É vedado o exame da alegação de violação do art. 97 do Código Tributário Nacional (CTN) pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) por ser esse dispositivo mera reprodução de preceito constitucional (art. 150, I, da Constituição Federal), que trata do princípio da legalidade tributária). Não é aplicável a esta controvérsia a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706. O acórdão recorrido conferiu solução à causa em consonância com a tese jurídica ora fixada, o que impõe, por consequência, negar provimento ao recurso especial no ponto.

9. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão do conhecimento, com o provimento negado.

(REsp n.º 2.091.202/SP, 2.091.203/SP, 2.091.204/SP e 2.091.205/SP, Relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Seção, julgados em 11/12/2024, DJEN de 16/12/2024)



Apelação Cível nº 0007013-08.2024.8.19.0001

FLS.07

Vale frisar ainda que “*não é aplicável a esta controvérsia a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706 pois no recurso extraordinário, foi analisada a base de cálculo do PIS e da COFINS (conceito de receita e faturamento), concluindo pela exclusão do ICMS desse conceito. A controvérsia dos autos trata da base de cálculo do ICMS que, conforme exposto, nos termos do artigo 13 da LCP 87/96, corresponde ao valor da operação que constitui o fato gerador do imposto*”.

Assim, diferentemente do que defende a Apelante, não incide a tese firmada no Tema 69 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal no caso dos autos.

Por não se vislumbrar, portanto, ilegalidade no ato administrativo de inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, não há direito líquido e certo a amparar a pretensão da Apelante, de modo que a sentença se mostrou correta ao denegar a ordem.

No mesmo sentido vem decidindo este E. Tribunal de Justiça em situações análogas à presente, destacando-se os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DE PIS E COFINS SOBRE O CÁLCULO DE ICMS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA CONTRIBUINTE. INAPLICABILIDADE DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO TEMA 69 STF. INCIDÊNCIA DO TEMA 1223 DO STJ, AINDA QUE PENDENTE O TRÂNSITO EM JULGADO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. A contribuinte impetrou mandado de segurança pretendendo afastar a incidência de PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS, arguindo ilegalidade e bitributação sobre suas operações. Denegação da ordem.
2. Julgamento do Tema 313 do STJ que definiu a inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, compondo o faturamento da contribuinte.
3. Operação que integra conceito maior de receita bruta, sujeitando o ICMS à tributação das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, integrando, pois, a base de cálculo das referidas exações.
4. A tese jurídica fixada no julgamento do RE 574.706/PR (Tema nº 69 do STF) definiu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. Inaplicabilidade da interpretação



Apelação Cível nº 0007013-08.2024.8.19.0001

FLS.08

extensiva do precedente qualificado. Matéria que confronta com a razão jurídica da decisão.

5. Questão que foi afetada ao Tema 1223 do STJ, precedente julgado em 11/12/24, no qual foi pacificada a inafastabilidade de previsão legal específica para a exclusão do PIS e da Cofins na base de cálculo do ICMS.

6. Sentença que deu adequada solução à lide, considerando que se alinha à tese jurídica que foi recentemente pacificada em precedente qualificado, ainda que pendente o trânsito em julgado do respectivo acórdão.

7. Inexistência de direito líquido e certo a ser protegido pela estreita via da ação mandamental.

8. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(0131872-33.2023.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). FERNANDO CESAR FERREIRA VIANA - Julgamento: 25/03/2025 - SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS DE VALORES REFERENTES AO PIS E COFINS. SEGURANÇA DENEGADA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Apelação em mandado de segurança em que as impetrantes alegam possuir direito líquido e certo no sentido de apurar o ICMS devido com a exclusão do PIS e da COFINS de sua base de cálculo, haja vista ser indevida à inclusão destas contribuições sobre a base de cálculo do ICMS.

2. Tema 1.223 do STJ. Acórdão no Resp 2.091.202/SP publicado em 16/12/2024, firmando 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". O Superior Tribunal de Justiça entende pela legalidade da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS.

3. A presente hipótese é distinta da do Tema 69 do STF, por ser justamente inversa, ou seja, a inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS incidente sobre operações mercantis. Desta forma, a tese fixada no Tema 69 não se aplica à hipótese destes autos.

4. Ausência de ilegalidade no ato administrativo de inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS, não existindo, portanto, direito líquido e certo a amparar a pretensão das impetrantes.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara de Direito Público (antiga Sétima Câmara Cível)

Apelação Cível nº 0007013-08.2024.8.19.0001

FLS.09

5. *Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.*
(0048824-02.2022.8.19.0038 - APELAÇÃO. Des(a). ANA CRISTINA NASCIF DIB MIGUEL - Julgamento: 15/01/2025 - SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO)

Registre-se, por fim, que os Embargos de Declaração opostos em face dos acórdãos que resultaram no Tema 1.223 do Superior Tribunal de Justiça foram rejeitados por unanimidade de votos pelos Ministros integrantes da Primeira Seção, sendo certo que a interposição de recurso extraordinário não constitui óbice à aplicação imediata da tese firmada.

Consoante o disposto no artigo 927, III do Código de Processo Civil, os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos são de observação obrigatória pelos juízes e tribunais, não se fazendo necessário aguardar o trânsito em julgado.

Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp n. 2.421.646/GO, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 16.06.2025, DJe 24.06.2025; STJ, AgInt no AREsp n. 2.635.267/MT, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 04.11.2024, DJe 29.11.2024; STJ, AgInt no REsp n. 1.992.370/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 27.05.2024, DJe 29.05.2024.

Diante dessas considerações, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 20 de agosto de 2025.

Desembargador **CAETANO E. DA FONSECA COSTA**
Relator

