



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

Registro: 2025.0000342610

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1053313-75.2018.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante COMPANHIA JAGUARI DE ENERGIA S/A, 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: **Preservaram integralmente o v. acórdão anterior, com sequencial endereçamento dos autos à eg. Presidência da Seção de Direito Público, para o processamento dos recursos especial e extraordinário interpostos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) E OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

MÁRCIO KAMMER DE LIMA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação Cível nº 1053313-75.2018.8.26.0114

Apelantes: Companhia Jaguari de Energia S/A

Apelada: Estado de São Paulo

Comarca: Foro de Campinas

Juiz(a) de Direito: Mauro Iuji Fukumoto

Voto nº 6.056

DIREITO TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO.
APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA.
DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO COLEGIADO PARA
READEQUAÇÃO DO JULGADO À LUZ DO TEMA Nº
1.223, STJ.

1. Ação anulatória de débito tributário. ICMS e multa lançados em auto de infração. Autora que é distribuidora de energia elétrica e substituta tributária no recolhimento do ICMS.

2. Tese firmada em julgamento sob a técnica dos casos seriais pelo STJ no REsp nº 2.091.202/SP – Tema nº 1.223, segundo a qual “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”, de observância imperativa, na forma do inc. III do art. 927 do CPC.

3. Valores relativos ao PIS e COFINS que compõem legitimamente a base de cálculo do ICMS, mas não do ICMS-ST, por não constituir receita da própria autora. Reconhecido distinguishing que não atrai, para o presente caso, aplicação do Tema nº 1.223, STJ.

4. Acórdão coeso ao precedente qualificado. Acórdão preservado com restituição dos autos à eg. Presidência desta Seção de Direito Público.

Ao relatório do v. acórdão de fls. 1.009-1.019, o qual proveu o apelo dos autores em ordem a julgar procedente o pedido, prejudicado o necessário reexame, acrescente-se que do decidido interpôs o Estado de São Paulo recurso extraordinário (fls. 1.050-1.089), bem como recurso especial (fls. 1.091-1.104), os quais devidamente contrariados (fls. 1.107-1.132 e 1.134-1.162).

Por deliberação da eg. Presidência da Seção de Direito Público (fl. 1.172), os autos retornaram a este colegiado para realização do juízo de conformidade, com o permissivo do art. 1.030, inciso II, do CPC, para reexame do

apelo sob a ótica do recente julgamento do REsp nº 2.091.202/SP – Tema nº 1.223, do col. STJ.

Esse o relatório do essencial.

Como é cediço, compete a esta Turma Julgadora, consoante o artigo 1.040, inciso II, do Código Processual Civil, eventual adequação ou manutenção da decisão ora recorrida. Nessa direção, os autos retornaram a esta 11ª Câmara de Direito Público para que observada a definição dada pelo col. Superior Tribunal de Justiça ao Tema nº 1.223, quando de seu julgamento no REsp nº 2.091.202/SP, sob a técnica dos casos seriais.

Acerca do tema, acabou a col. Corte Superior por fixar tese definitiva, na relatoria do e. min. Paulo Sérgio Domingues, em v. acórdão assim ementado:

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." (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.

(STJ, REsp 2.091.202/SP, Relator.: Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES, Data de Julgamento: 11/12/2024, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/12/2024)

E, nesse passo, jogando luzes ao caso *sub examine*, infere-se do v. acórdão copiado às fls. 1.009-1.019 que a turma julgadora detidamente ocupou-se da controvérsia ao expressamente consignar:

“(…).

A autora e apelante busca, na presente ação anulatória, desconstituir referido autoinfracional e, em consequência, o reconhecimento da inexigibilidade do débito de ICMS nele lançado, relativo a apontada falta de recolhimento de imposto em operações de substituição tributária em fornecimento de energia elétrica.

Cabe à autora recolher ao Fisco o imposto devido na operação de venda da comercializadora de energia elétrica ao consumidor livre, ou destinatário final, na condição de substituta tributária, tendo se originado o débito da desconsideração das parcelas relativas a PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS.

Como sabido, a circunstância de as alíquotas de PIS e COFINS não incidirem sobre o ICMS não significa que elas mesmas não possam integrar a base de cálculo do ICMS. Trata-se de operação inversa, não incidindo, portanto, a tese fixada no Tema 69 de Repercussão Geral, do Supremo Tribunal Federal: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.” (Recurso Extraordinário nº 574.706-PR).

Convém rememorar, para mais, recente decisão da col. Corte Superior no sentido de submeter os REsp n. 2.091.202, 2.091.203, 2.091.204 e 2.091.205 ao rito dos recursos seriais, cuja questão a ser dirimida, sob o Tema nº 1.223, é a “legalidade da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS”. Observa-se, contudo, que o col. STJ determinou a suspensão da tramitação dos feitos apenas em sede de recursos especiais, não havendo óbice para o presente julgamento, portanto.

As referidas tarifas ou contribuições parafiscais integram o aspecto material da hipótese de incidência. Na letra do artigo 13, § 1º, inciso II, alínea “a”, da LC 87/96, integram a base de cálculo do ICMS os valores de “seguros, juros e demaís importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;” (sublinhou-se).

No entanto, a situação dos autos é diversa, uma vez que a autora tem por

função transmitir a energia elétrica, não fazendo parte da operação de venda e compra do bem entre a comercializadora e o consumidor final. Não há receita pertencente à ora apelante nesta operação, que recolhe o ICMS-ST e o repassa à Fazenda do Estado. Desse modo, não faz sentido a incidência de PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS-ST recolhido pela autora. Assim, a receita na qual deve incidir PIS e COFINS diz respeito à cobrança de valores decorrentes da operação de transmissão de energia elétrica.

Foi o que o perito judicial respondeu aos quesitos da autora, a seguir reproduzidos (fls. 763/765):

“Quesito nº 4

Delimitado que o AIIM trata tão somente da cobrança do suposto ICMS-ST recolhido a menor, pede-se ao Sr. Perito que confirme se o ICMS-ST foi registrado pela AUTORA como receita ou como uma conta de passivo para com o Estado de São Paulo.

Resposta:

O ICMS-ST foi registrado pela AUTORA como uma conta de passivo para com o Estado de São Paulo.

Quesito nº 5

Considerando que o ICMS-ST não é receita da AUTORA, pode-se afirmar que do ponto de vista contábil é equivocada a inclusão dos valores de ICMS-ST na base de cálculo do PIS e da COFINS?

Resposta:

Considerando-se do ponto de vista contábil, positiva é a resposta.

Quesito nº 6

Pode, por fim, o Sr. Perito confirmar que o ICMS exigido no AIIM objeto da ação anulatória em questão é maior do que aquele que seria apurado e recolhido pelo contribuinte, empresa comercializadora de energia elétrica ou pelo consumidor, quando eleito como substituto tributário, eis que tanto para a comercializadora quanto para o consumidor a base de cálculo seria o valor da operação (faturamento realizado pela comercializadora) e para

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

nenhum deles haveria a apuração de PIS e COFINS sobre o ICMS-ST que suportasse uma nova apuração de ICMS sobre o PIS e a COFINS, i.e., a inclusão na base de cálculo do ICMS de um indevido PIS e COFINS apurado sobre o ICMS?

Resposta:

Positiva é a resposta, haja vista que o ICMS exigido no AIIM objeto da ação anulatória é maior do que aquele que seria apurado e recolhido pelo contribuinte, seja a empresa comercializadora ou o consumidor.”

Sabido que o Juiz não está adstrito ao laudo do perito, desde que possa validamente louvar-se em outros subsídios em detrimento da perícia oficial. A esse propósito a regra do artigo 479 c.c. artigo 371, do Código de Processo Civil (“Art. 479 - O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.” c. c. “Art. 371 - O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”), correspondentes aos artigos 436 e 131, do CPC/1973. No caso dos autos, porém, não há nenhuma razão para arredar a conclusão técnica do perito judicial, presumidamente equidistante dos interesses das partes.

Assim, indevida a incidência de PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS-ST devido pela recorrente.

Nesse sentido a jurisprudência deste Tribunal, envolvendo a mesma autora:

Com relação ao item II do AIIM, o ICMS-ST sobre a operação da comercializadora não é receita da requerente, mas tão somente mera arrecadação e repasse à Fazenda do Estado de São Paulo. O cálculo do tributo deve ser o mesmo daquele que seria devido pelo efetivo contribuinte, nos termos do art. 8º, I, da LC nº 87/96, daí que por não pode ser acrescido de tributos que incidem sobre operação do substituto, o que possibilita a exclusão do PIS e da COFINS. (7ª Câmara de Direito Público, Apelação

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

Cível nº 1044057- 97.2018.8.26.0053, j. 31.05.2021, Rel. o Des. FERNÃO BORBA FRANCO).

APELAÇÃO Ação anulatória de auto de infração e imposição de multa Pedido de nulidade que se fundamenta na alegada impossibilidade de que o PIS e a COFINS integrem a base de cálculo do ICMS Sentença de procedência Irresignação da Fazenda Pública - Impossibilidade de aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE nº 574.706/PR (Tema nº 69), pois lá se fixou a tese de que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS No âmbito estadual, em regra, 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) Contudo, o caso dos autos trata de hipótese em que a contribuinte atua como substituta tributária em operações com energia elétrica destinada a consumidor adquirente em Ambiente de Contratação Livre (ACL) Art. 425, §1º, 2, do Decreto Estadual nº 45.490/2000 (RICMS) que fixa como base de cálculo o ICMS o preço médio de aquisição de energia elétrica em ACL Logo, não se admite que novamente o PIS e a COFINS componham o recolhimento a ser feito pelo substituto tributário, sob pena de dupla incidência Laudo pericial que constatou excesso no recolhimento do ICMS (...) Reforma parcial da sentença apenas para determinar a redução dos honorários sucumbenciais Parcial provimento do recurso interposto. (1ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1039245-12.2018.8.26.0053, j. 28.06.2022, Rel. o Des. MARCOS PIMENTEL TAMASSIA).(.)”.

Como se pode inferir, o posicionamento adotado por esta 11ª Câmara de Direito Público se encontra em cômsonco alinhamento com o entendimento demarcado pela tese firmada no âmbito do Tema nº 1.223, pelo col. Superior Tribunal de Justiça, pelo que se estabeleceu elementar *distinguishing* entre o precedente vinculante e a hipótese *sub examine*, eis destoar da *ratio decidendi* em razão da singularidade que se observou.

Conquanto a jurisprudência desta e. Corte há muito reconheça devida



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

a integração do PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS, consentânea ao entendimento da col. Corte Superior, versam os autos hipótese distinta em que a recorrente atua como substituta tributária em operações envolvendo a transmissão de energia elétrica ao consumidor livre, o que autoriza a sua exclusão, sob pena de malversado *bis in eadem*.

Posto isso, por meu voto, em sede de juízo de conformidade, em obséquio ao art. 1.030, inciso II c/c art. 1.040, inciso II, ambos do CPC, **preservo integralmente o v. acórdão anterior**, com sequencial endereçamento dos autos à eg. Presidência da Seção de Direito Público, para o processamento dos recursos especial e extraordinário interpostos.

MARCIO KAMMER DE LIMA

Relator