



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000332675

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1049766-50.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ICE CARTÕES ESPECIAIS LTDA., é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FERMINO MAGNANI FILHO E FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 3 de abril de 2025.

HELOÍSA MIMESSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Voto nº 22025

Apelação Cível nº 1049766-50.2017.8.26.0053

Apelante: Ice Cartões Especiais Ltda

Apelado: Estado de São Paulo

Origem: 15ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo

MM. Juiz: Kenichi Koyama

APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. RESERVA DE ENERGIA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO.

Sentença que julgou a ação parcialmente procedente, apenas para reconhecer a inexigibilidade de ICMS sobre a demanda contratada e não consumida; julgando improcedentes os pedidos de exclusão da TUSD/TUST da base de cálculo do ICMS e de restituição dos valores.

Insurgência da autora quanto à restituição dos valores indevidamente cobrados a título de energia contratada e não utilizada. Cabimento.

A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Circulação da mercadoria que somente ocorre com o efetivo consumo. Precedentes. Entendimento sedimentado pela Súmula nº 391 do STJ e pela tese no Tema nº 176 de Repercussão Geral do STF.

Restituição tributária devida, respeitada a prescrição quinquenal.

Sentença parcialmente reformada. Recurso provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por *Ice Cartões Especiais Ltda*, em face da r. sentença de fls. 294/306, integrada a fls. 326/329, que, nos autos da ação por ela ajuizada em face do Estado de São Paulo, julgou parcialmente procedente a ação voltada à exclusão da TUSD e TUST da base de cálculo do ICMS, ao reconhecimento de inexigibilidade de ICMS sobre a demanda contratada e não consumida e à restituição do indébito, nos seguintes termos:

Fls. 294/306: (...)

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE a ação, com supedâneo no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Ausente pedido de desistência na esteira do artigo 1.040 do CPC, condeno o contribuinte em custas e despesas ex lege.

Pela mesma razão, por força do princípio da causalidade,

condeno ainda a parte autora em honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da causa, salvo gratuidade concedida anteriormente.

Tendo em vista que a modulação dos efeitos do julgamento do Tema 986 do STJ não alcança a liminar, casso a tutela provisória aqui lançada, o que por consequência, na forma do artigo 302, III, do CPC, convalida as cobranças do imposto sobre Tust/Tusd até então suspensas.

Considerando que os valores foram suspensos diretamente da fatura de serviço, autorizo cobrança dos valores retroativos nos lançamentos seguintes ao trânsito em julgado. Valendo esta DECISÃO COMO OFÍCIO, e considerando que é do interesse fiscal da Fazenda do Estado, fica a ré autorizada a comunicar a concessionária de energia elétrica.

Fls. 326/329: (...)

Dessa forma, apesar do acolhimento da omissão quanto à demanda contratada, rejeito o pedido de repetição de indébito, uma vez que a parte autora não comprovou que arcou com o encargo econômico do tributo, nos termos exigidos pelo art. 166 do CTN.

Ante o exposto, ACOLHO PARCIALMENTE os embargos de declaração, integrando a sentença para reconhecer a inexigibilidade de ICMS sobre a demanda contratada e não consumida. No entanto, REJEITO o pedido de repetição de indébito, nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional, pela ausência de comprovação do não repasse do encargo econômico do tributo.

Anoto que o acolhimento se dá com efeitos integrativos, naquilo que omitido.

Por consequência, a sucumbência fica rateada entre as partes, no total de 5% para cada um, incidentes sobre o valor da causa, ante a ausência de proveito econômico decorrente da rejeição do pedido.

Em suas razões recursais (fls. 336/346), a apelante afirma que, nos termos do artigo 165 do Código Tributário Nacional, o contribuinte tem direito à restituição do tributo quando ocorrer o pagamento indevido. Sustenta que deve ser afastada a tese de repercussão financeira, prevista no art. 166 do CTN, ante a vedação ao enriquecimento sem causa. Com esses argumentos, requer o provimento do recurso de apelação para reformar a r. sentença e condenar a Fazenda

a restituir todos os valores pagos a título de ICMS sobre a demanda contratada, mas não utilizada.

Contrarrazões a fls. 353/358 pela manutenção da r. sentença.

FUNDAMENTOS E VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária com pedido de restituição, em que a parte autora postulou a não incidência da TUSD e TUST na base de cálculo do ICMS, assim como a não incidência de ICMS sobre a energia elétrica contratada sob a demanda reservada de potência não utilizada, nos termos do Tema 176 do STF; deduzindo ainda pedido de restituição dos indébitos. Juntou documentos (fls. 34/163). Atribuiu à causa o valor de R\$ 50.000,00 (fls. 33).

A r. sentença, como visto, julgou procedente a declaração de inexistência de relação jurídico-tributário sobre a incidência de ICMS sob a demanda reservada de potência não utilizada, mas improcedente o pedido de declaração de inexistência de relação jurídico-tributário em relação ao TUST e TUSD, assim como a restituição de indébito.

Pois bem.

Consigne-se, inicialmente, que a irresignação deduzida em sede recursal versa **exclusivamente** sobre a restituição do indébito relativo aos valores de ICMS cobrados sobre a demanda

reservada de potência não utilizada. Desta forma, por força da delimitação objetiva do recurso e por força dos princípios processuais da congruência e da dialeticidade recursal, a análise do recurso limitar-se-á à parte impugnada.

É de se reconhecer que não há incidência de ICMS sobre a energia que possui tão somente *potencialidade de utilização*, não tendo ainda sido deflagrada a situação de circulação que embasaria a cobrança.

De acordo com o artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, “*compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias (...)*”. O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica do ICMS, tem de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor.

A mera garantia de potência e de demanda não é fato gerador do ICMS, o qual deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for concretamente fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

Nesse sentido, aliás, foi editada a Súmula nº 391 do C. STJ, que sedimentou o entendimento de que “*O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada*”.

A questão foi objeto de julgamento do C. STJ, sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema nº 63), com a fixação da seguinte tese: “*É indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não*”.

utilizada.”, e subsequente edição da Súmula nº 391 do C. STJ, no sentido de que “O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”.

Veja-se a ementa do julgado paradigma:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que "o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos", razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, "a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria". Afirma-se, assim, que "o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa".

2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que "não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência". Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.

3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor

correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.

5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp n. 960.476/SC, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 11/3/2009, DJe de 13/5/2009.)

Posteriormente, e na mesma linha, o Egrégio Supremo Tribunal Federal fixou a tese jurídica de que “*A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor*” (Tema 176 de Repercussão Geral, RE 593824, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. em 27/04/2020). Ressalte-se que tal decisão, proferida pela Suprema Corte, transitou em julgado em 25/02/2021.

Vejam-se, ainda, precedentes do E. TJSP (grifos nossos):

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO TRIBUTÁRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ENERGIA ELÉTRICA. CONTRATO DE RESERVA DE DEMANDA. ICMS. Sentença de procedência da ação, para (i) declarar a inexigibilidade e inexistência de relação jurídico-tributária que obriga a autora ao pagamento do ICMS sobre a demanda contratada e demanda fora de ponta, nos termos do TEMA 176 do STF, relativamente aos valores cobrados e pagos no período compreendido de janeiro de 2017 a dezembro de 2018; (ii) reconhecer a ilegalidade na cobrança do ICMS sobre a demanda contratada de ponta e fora de ponta e (iii) CONDENAR a ré na devolução dos valores apurados em liquidação de sentença naquilo que se referirem a DEMANDA (Kw), observada eventual prescrição quinquenal, acrescidos de correção monetária, desde as lesões, segundo os mesmos índices de atualização utilizados pela ré na cobrança de seus impostos, de acordo com a Taxa SELIC (correção monetária e juros de mora), conforme artigo 3º. Da EC 113/2021. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA DO CONTRIBUINTE DE FATO.

*NÃO ACOLHIMENTO. A Autora tem legitimidade ativa para a causa, uma vez que suporta o ônus financeiro da tributação. Firme o posicionamento do STJ, que já decidiu que "O consumidor de fato que assume o ônus econômico do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica está legitimado a pleitear a repetição do indébito da exação que lhe desfalcou o patrimônio". PRELIMINAR. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE TUSD/TUST. ARGUIÇÃO DE QUE O PROCESSO DEVERIA TER SIDO SUSPENSO, NOS TERMOS DO JULGAMENTO DO IRDR Nº 2246948-26.2016.8.26.0000. NÃO ACOLHIMENTO. O objeto do presente recurso não tem nenhuma relação com TUSD/TUST, mas sim com o pedido de exclusão do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica. PRELIMINAR DO APELADO. INÉPCIA DA APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. PARCIAL ACOLHIMENTO. As razões da apelante versaram, parcialmente, acerca da necessidade da inclusão do TUSD/TUST na base de cálculo do ICMS, matéria que não guarda nenhuma relação com a sentença, que se refere à incidência do ICMS sobre a demanda contratada. Logo, de rigor o não conhecimento do recurso, no tocante às pretensões que não têm relação com a presente ação. Contudo, o caso em tela está sujeito ao reexame necessário, pois se trata de causa no valor de R\$ 170.826,78. Ademais, foi proferida sentença ilíquida, ensejando a incidência da Súmula 108. MÉRITO. **INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.** O ICMS vem sendo cobrado da empresa sobre o valor total faturado na conta de energia elétrica, independentemente de ter havido ou não o efetivo consumo da energia contratada. Contudo, o ICMS não pode incidir sobre o valor do contrato de demanda reservada, caso a empresa não venha a utilizar a quantidade de energia elétrica contratada. Incidência sobre a energia efetivamente consumida e não sobre a demanda contratada. Com efeito, a norma de regência do ICMS indica que só há incidência do tributo sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida pelo contribuinte, uma vez que o fato gerador do tributo está atrelado à saída da mercadoria do estabelecimento da fornecedora de energia. Se não há saída, porque o consumidor não precisou fazer uso de toda energia contratada, não ocorreu o fato gerador do ICMS. O ICMS é cobrado sobre a circulação de mercadorias, o que somente se consolida com a efetiva saída da energia do estabelecimento do fornecedor e sua entrada no estabelecimento consumidor. Entendimento firmado pelo STJ, em recurso repetitivo. A só formalização desse tipo de*

*contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria. Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência. **SÚMULA 391 DO C. STJ. O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada. TESE DO TEMA 176 DO C.STF. A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor. Sob a ótica constitucional, a disponibilização de potência elétrica no ponto de entrega (pela distribuidora ao consumidor) não constitui fato gerador do ICMS, o qual possui como pressuposto indispensável a efetivação geração de energia, sem a qual não há circulação. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. DÉBITO TRIBUTÁRIO. INAPLICABILIDADE DA LEI FEDERAL Nº 11.960/2009. Tratando-se de repetição de indébito tributário, o índice aplicável para atualização monetária e juros de mora é a taxa SELIC, a partir do trânsito em julgado – Tese do TEMA 810 de Repercussão Geral. Exegese do artigo 167, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e da Súmula 188 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes dos Tribunais Superiores. Sentença de procedência mantida. Recurso da Fazenda parcialmente conhecido e, na parte conhecida, não provido. Reexame necessário não provido.***

(TJSP; Apelação Cível 1009782-83.2022.8.26.0053; Relator (a): Leonel Costa; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/05/2024; Data de Registro: 05/05/2024)

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA. 1. Pretensão das autoras de declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que os obrigue a recolher ICMS incidente sobre valores de energia elétrica contratada, devendo o tributo incidir, apenas, sobre a energia efetivamente utilizada, bem como a devolução de todos os valores pagos a este título – Sentença terminativa em relação a autora Condomínio Shopping Jardim Sul e improcedente em relação às partes remanescentes. 2. Rejeitada preliminar de ilegitimidade ativa das postulantes, nos termos do Tema nº 537 do Superior Tribunal de Justiça ("o consumidor possui legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento

de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada"). 3. Viabilidade da pretensão à luz do Tema nº 176 do Superior Tribunal de Justiça ("A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor") – Juros de mora na repetição de indébito que devem observar o tema nº 905 e Lei Estadual nº 10.175/98. Recurso provido.

(TJSP; Apelação Cível 1053192-41.2015.8.26.0053; Relator (a): Nogueira Diefenthaler; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/07/2021; Data de Registro: 20/07/2021)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. Pretensão a não incidência do ICMS, concernente ao fornecimento de energia elétrica, sobre a demanda reservada de potência não utilizada. Sentença de procedência. Pretensão de reforma. Impossibilidade. Súmula 391 do STJ (o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada). Aplicação da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento, em 27/09/2020, do Recurso Extraordinário nº 593.824 (Tema 176). Sentença mantida. Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Cível 1006617-62.2021.8.26.0053; Relator (a): Camargo Pereira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 7ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/06/2023; Data de Registro: 28/06/2023)

Readequação - Apelação Cível – Mandado de Segurança - ICMS – Energia elétrica contratada – ICMS que deve incidir apenas sobre a efetivamente fornecida – Inteligência do Tema nº 176 do STF e Tema nº 63 do STJ – Precedentes deste Tribunal – Acórdão readequado

(TJSP; Apelação Cível 0010629-24.2009.8.26.0000; Relator (a): José Luiz Gavião de Almeida; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara; Data do Julgamento: 18/11/2022; Data de Registro: 18/11/2022)

Logo, irretocável a r. sentença quanto ao reconhecimento da não incidência de ICMS na reserva de energia

contratada, mas não consumida.

Em consequência, é de rigor o reconhecimento do direito à restituição dos valores indevidamente recolhidos, observada a prescrição quinquenal, nos moldes estatuídos no art. 168 do CTN. Isso, porque a parte autora logrou êxito em demonstrar que é consumidora final da energia elétrica, suportando o ônus tributário de ICMS (fls. 59/163).

Nesse sentido, este Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO - Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços ("ICMS") – Energia elétrica – Parte autora que pretende afastar a incidência do ICMS sobre o valor pago a título de 'demanda contratada' de energia elétrica - Tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 593.824/SC (Tema 176): "A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor" – Base de cálculo do imposto que deve se limitar ao preço cobrado pela energia elétrica efetivamente consumida – Direito à restituição tributária - Sentença parcialmente reformada quanto aos consectários legais – Recurso fazendário parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Cível 1030095-75.2016.8.26.0053; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/10/2024; Data de Registro: 16/10/2024)

DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Alegação de ausência de direito líquido e certo. Inocorrência. A presente ação não se trata de mandado de segurança, mas ação de procedimento comum. Preliminar rejeitada. ILEGITIMIDADE ATIVA. Inocorrência. Entendimento pacificado pelo C. STJ no sentido de que o contribuinte de fato tem legitimidade ativa para ajuizar demanda relativa ao ICMS incidente sobre energia elétrica. Preliminar rejeitada. FALTA DE INTERESSE DE AGIR DA AUTORA. Autora que pleiteia a inexigibilidade da cobrança sob a denominação de "demanda fora de ponta". Definição que corresponde ao período em que há menor demanda. Falta de interesse de agir da autora configurado,

neste aspecto. Preliminar acolhida. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIBILIDADE DE DÉBITO. ICMS. Energia elétrica. Insurgência contra a incidência sobre a demanda contratada. Tributo que deve incidir apenas sobre a energia efetivamente consumida. Súmula 391 do STJ. Tese fixada pelo E. STF em sede de repercussão geral (Tema 176) no sentido de que "a demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor". Sentença mantida. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. Restituição de natureza tributária. Juros de mora (a partir do trânsito em julgado pela taxa Selic) e correção monetária pelo IPCA-E (a partir dos descontos). Reexame necessário e recurso Fazenda do Estado improvidos; não conhecido o recurso da autora.

(TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1028426-74.2022.8.26.0053; Relator (a): Claudio Augusto Pedrassi; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/08/2024; Data de Registro: 12/08/2024).

APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA - Ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária c.c. repetição de indébito - Admissibilidade, ante a incidência do ICMS apenas para a demanda de potência efetivamente utilizada (STJ, REsp. nº 960.476/SC, no regime de recurso repetitivo e Súmula 391) - Fixação da tese no Tema 176 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal - Repetição de indébito de ICMS sobre a reserva de demanda não consumida - Termo inicial para o cômputo dos juros moratórios sobre os valores pagos indevidamente, em repetição de indébito, a partir do trânsito em julgado da sentença - Natureza tributária do crédito executado que impõe regime diverso aos acessórios (atualização monetária e juros de mora) - Não incidência das ADIs 4.357 e 4.425, e, conseqüentemente, não incidência do prescrito no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação da Lei nº 11.960/09, e também do RE 870.947/SE (tema 810 do STF) - Aplicação do CTN (art. 161 e 167) para a incidência dos juros de mora, a partir do trânsito em julgado - Correção monetária segundo os critérios utilizados para a atualização dos créditos tributários - Necessidade, ademais, de, por isonomia, anotar que a soma da correção monetária e juros não poderá, mês a mês, ultrapassar a taxa SELIC - Tese firmada pelo STJ no tema 905 - Sentença de procedência da demanda reformada parcialmente, para constar que na restituição dos valores recolhidos a maior, respeitada a prescrição quinquenal,

haverá a incidência de juros de mora, a partir do trânsito em julgado, e de correção monetária, desde cada desconto indevido até o trânsito em julgado, ambos os consectários legais pelos mesmos critérios de acréscimo dos créditos tributários correlatos, que, em conjunto, não podem ultrapassar a taxa SELIC – RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO, PROVIDA PARCIALMENTE A REMESSA NECESSÁRIA.

(TJSP; Apelação/Remessa Necessária
1007506-22.2014.8.26.0292; Relator (a): Vicente de Abreu
Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro
de Jacareí - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento:
29/05/2023; Data de Registro: 29/05/2023)

Por fim, por se tratar de débito de natureza tributária, os consectários legais devem seguir a seguinte sistemática: correção monetária pelo IPCA-e (Temas 810 do STF e 905 do STJ) a partir do pagamento indevido (Súmula 162 do STJ), até a entrada em vigor da EC nº 113/2021, quando, então, deve ser aplicada exclusivamente a taxa Selic para cálculo da atualização monetária e dos juros de mora (juros incidentes após o trânsito em julgado), nos termos do que preceitua o seu art. 3º.

Assim, considerando que vencedora cada parte em um pedido (autora vencedora no pedido referente à demanda contratada e não utilizada; ré vencedora no pedido referente à TUST/TUSD), o reconhecimento da sucumbência recíproca é de rigor, cabendo a cada parte arcar com metade das custas e os honorários do patrono da parte contrária.

Observa-se que, com a procedência do pedido de restituição dos valores pagos indevidamente, há proveito econômico em favor da parte autora, o que pode impactar na base de cálculo dos honorários.

Entretanto, tratando-se de sentença ilíquida, em que

não se tem conhecimento do exato proveito econômico obtido pela parte autora, relega-se a fixação dos honorários devidos ao seu patrono à fase de liquidação, anotando-se que o percentual a ser fixado não poderá ser inferior a 10% ou resultar em quantia inferior à originalmente fixada pela r. sentença (5% sobre o valor da causa), sob pena de ocasionar *reformatio in pejus*.

À vista do analisado, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

Para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observado o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se 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).

Sujeitam-se à forma de julgamento virtual em sessão permanente da 5ª Câmara de Direito Público eventuais recursos previstos no art. 1º da Resolução nº 549/2011 deste E. Tribunal deduzidos contra a presente decisão. No caso, a objeção deverá ser manifestada no prazo de cinco dias assinalado para oferecimento dos recursos mencionados no citado art. 1º da Resolução. A objeção, ainda que imotivada, sujeitará aqueles recursos a julgamento convencional.

HELOÍSA MIMESSI

Relatora