

Quem tem vitória judicial negada por modulação paga honorários de sucumbência

Quem tem o seu direito reconhecido pela Justiça, mas fica impedido de aproveitar essa posição por causa da modulação de efeitos, é, ao fim e ao cabo, o derrotado na ação e deve pagar honorários de sucumbência.



Voto do ministro Gurgel de Faria impôs sucumbência ao autor da ação

Essa conclusão é da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que manteve a condenação de uma indústria farmacêutica ao pagamento de honorários sucumbenciais em litígio contra a Fazenda do estado de São Paulo.

O julgamento se deu por maioria de votos. O caso representa o risco a que as partes se submetem por causa da modulação temporal dos efeitos das teses — a decisão de que elas só se aplicam a partir de um determinado momento no tempo.

Modulação e seus efeitos

O processo foi ajuizado para questionar a alíquota estadual do ICMS Telecomunicações: ela fora fixada em 25%, com fundamento no princípio da seletividade, sendo superior à alíquota geral desse imposto, que é de 18%.

Àquela altura, a contribuinte já sabia que o Supremo Tribunal Federal iria decidir esse exato tema: já estava em julgamento virtual o RE 714.139 (Tema 745 da repercussão geral), que discutia a constitucionalidade da aplicação do princípio da seletividade ao ICMS.

Em novembro de 2021, o STF decidiu pela inconstitucionalidade da seletividade para majorar a alíquota de ICMS. E em dezembro determinou que essa posição [só valeria a partir do exercício financeiro de 2024](#).



Aplicada a posição do STF ao caso ajuizado pela indústria farmacêutica, tem-se que ela tinha razão: a alíquota majorada do ICMS Telecomunicações era mesmo inconstitucional. Mas essa posição não se aplica ao caso porque o processo se refere a período anterior a 2024.

Nesse cenário, o STJ precisou decidir se o contribuinte pode ser condenado ao pagamento de honorários de sucumbência. Por maioria de votos, a conclusão foi de que pode.

Perdedor da ação

Prevaleceu o voto do relator, ministro Gurgel de Faria, acompanhado pelos ministros Paulo Sérgio Domingues, Sérgio Kukina e Benedito Gonçalves.

Para ele, ainda que a contribuinte tenha razão em relação à inconstitucionalidade, não obteve o que pediu: a declaração de inexistência da relação jurídico-tributária que a obrigava a recolher o imposto com alíquota majorada na aquisição de serviços de telecomunicação.

“O pedido principal da ação era a restituição do valor pago, o que foi julgado improcedente em razão da modulação. Como o contribuinte não obteve o bem da vida que buscava, tecnicamente é o sucumbente e deve arcar com honorários e custas processuais”, disse o relator.

Gurgel de Faria destacou que, ao tempo do ajuizamento da ação, a autora já sabia que poderia haver modulação, o que é um risco do litígio, pois o vencedor só é reconhecido no momento em que o processo é definitivamente solucionado.

“A razão pela qual a ação foi julgada improcedente não vai importar para esse resultado prático, ainda que nós estejamos falando dessa dependência em relação à ação que discutia a constitucionalidade da norma”, concordou Paulo Sérgio Domingues.

Vencedor da ação

Abriu a divergência e ficou vencida a ministra Regina Helena Costa, que votou por afastar a condenação ao pagamento de custas e honorários sucumbenciais. Para ela, deve prevalecer o princípio da causalidade.

Assim, a sucumbência deve ser paga pela Fazenda de São Paulo porque foi ela que deu causa ao processo ao editar uma lei inconstitucional para majorar a alíquota do ICMS, conforme viria a reconhecer o STF.

“Não se pode confundir a postergação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual por razões de segurança jurídica e fiscal terminou por interditar o acolhimento do pedido das recorrentes, com o motivo determinante para a instauração do litígio judicial.”

Durante os debates, ela chamou de “esdrúxula” a situação vivenciada pela indústria farmacêutica: ela tem razão em relação ao pedido principal, mas terá de pagar honorários de sucumbência porque não foi



amparada pela modulação temporal feita pelo STF.

“Entendo que foi o estado de São Paulo o responsável direto por dar azo ao ajuizamento da presente demanda, devendo por isso arcar com o ônus sucumbenciais dela decorrentes. Por quê? Porque a contribuinte teve que ajuizar a ação para se defender de uma lei inconstitucional.”

AREsp 2.354.017

Autores: Danilo Vital