Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Câmara de Direito Privado

Embargos de declaração na Apelação Cível nº. 0132985-34.2014.8.19.0002

Embargante: Condomínio do Edifício Plaza Shopping
Embargado: Estado do Rio de Janeiro
Relator: Des. Custódio de Barros Tostes

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. INEXISTÊNCIA, QUANTO AO MÉRITO, DE QUALQUER VÍCIO SANÁVEL NESTA VIA. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE APRECIOU AS QUESTÕES APONTADAS PELO EMBARGANTE TENDO, TODAVIA, DECIDIDO EM SENTIDO CONTRÁRIO AOS INTERESSES DELE. RECURSO QUE SOMENTE SE PRESTA A SUPRIR OMISSÕES OU ACLARAR OBSCURIDADES OU CONTRADIÇÕES, DELE NÃO PODENDO UTILIZAR-SE A PARTE PARA MANIFESTAR SEU INCONFORMISMO COM O JULGADO. EMBARGANTE QUE TEM PARCIAL RAZÃO, APENAS, QUANTO À INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA, EM DECORRÊNCIA DO PROVIMENTO INTEGRAL DO APELO, COM IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS AUTORAIS, BEM COMO QUANTO AOS DOIS ERROS MATERIAIS CONTIDOS NA EMENTA, QUE FICAM RETIFICADOS.
PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

Embargos de declaração na Apelação Cível nº. 0132985-34.2014.8.19.0002

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos de declaração opostos na apelação nº **0132985-34.2014.8.19.0002,** em que é embargante **Condomínio do Edifício Plaza Shopping**, sendo embargado o **Estado do Rio de Janeiro,**

ACORDAM os Desembargadores da Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em **CONHECER** e **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo **Condomínio do Edifício Plaza Shopping,** indexador 743, contra o acórdão do indexador 727, cuja ementa foi a seguinte:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. PRETENSÃO DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO APENAS SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE CONSUMIDA, COM EXCLUSÃO DA TUSD E DA TUST DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. JULGAMENTO DO TEMA REPETITIVO Nº 986, COM FIXAÇÃO DA TESE DE QUE AS TARIFAS DE USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO (TUST) E DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD), QUANDO LANÇADAS NA FATURA DO CONSUMIDOR FINAL, INTEGRAM A BASE DE CÁLCULO DO ICMS, NOS TERMOS DO ART. 13, §1º, II, "a", DA LC 87/1996. MODULAÇÃO DE EFEITOS: PRESERVAÇÃO DE EFICÁCIA DAS LIMINARES OU TUTELAS ANTECIPADAS CONCEDIDAS ATÉ 27 DE MARÇO DE 2017, DESDE QUE AINDA VIGENTES, PERMITINDO QUE OS CONTRIBUINTES BENEFICIADOS RECOLHESSEM O ICMS SEM A INCLUSÃO DA TUSD ATÉ A DATA DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA (29 DE ABRIL DE 2024). CASO CONCRETO QUE NÃO SE AMOLDA À HIPÓTESE DE MODULAÇÃO, POIS A DESPEITO DE A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA TER SIDO ANTERIOR A 27 DE MARÇO DE 2017, ELA FOI REVOGADA EM JUNHO DO MESMO ANO E, PORTANTO, JÁ NÃO ESTAVA, HÁ MUITO, EM VIGOR, POR OCASIÃO DA PROLAÇÃO DO ACÓRDÃO EM QUE ESTABELECIDA A MODULAÇÃO DE EFEITOS DO TEMA 976 DO STJ, AOS 29 DE MAIO DE 2024. NOVA TUTELA, DEFERIDA NA SENTENÇA, QUE FOI

POSTERIOR AO MARCO TEMPORAL EM QUESTÃO. REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. PROVIMENTO DO APELO.

Sustenta o embargante que, embora o acórdão embargado tenha reconhecido a sistemática da modulação de efeitos, deixou de aplicá-la ao caso concreto, por entender que a revogação da tutela, confirmada em sentença, obstaria sua aplicação.

Diz que o julgado incorre em omissão, contradição e erro material e explica o seguinte:

> 12. O v. acórdão embargado reconheceu que a decisão que concedeu a tutela e suspendeu a exigibilidade do crédito tributário foi proferida antes da data de corte fixada na modulação de efeitos do STJ, entretanto, aduziu a impossibilidade da sua aplicação plena ao presente caso por entender que a revogação da tutela, posteriormente confirmada em sentença, obstaria a aplicação da modulação dos efeitos.
>
> 13. Nesse sentido, necessário realizar esclarecimento fático: **(i)** em 28.09.2016, a tutela foi deferida, não condicionada ao depósito; **(ii)** em 05.06.2017, a tutela foi revogada; entretanto; **(iii)** em 14.09.2017, foi proferida sentença julgando procedentes os pedidos iniciais e confirmando a decisão que deferiu a tutela antecipada.
>
> 14. É imperioso observar que na ocasião do julgamento do Tema nº 986/STJ os Ministros decidiram modular os efeitos da decisão exclusivamente em favor dos contribuintes que: **(i)** até **27.03.2017** tenham sido **beneficiados por tutela de urgência** que determinou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, desde que **(ii)** ainda **vigente na data da publicação do acórdão paradigma**, em **29.05.2024** e **(iii)** não estivesse condicionada à realização de depósitos judiciais.
>
> 15. Este é exatamente o caso em que se enquadra a Embargante. Nesse cenário, nota-se que o v. acórdão partiu de premissas equivocadas para concluir pela inadequação do presente caso aos critérios de modulação estabelecidos pelo E. STJ, evidenciando a contradição e omissão incorrida.

Entende que a revogação da tutela não afasta a incidência da modulação de efeitos fixada no Tema 986/STJ, pois os efeitos da medida antes deferida foram posteriormente confirmados em sentença, circunstância que enseja a retroatividade de seus efeitos à data de sua concessão, anterior à data de corte estabelecida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Embargos de declaração na Apelação Cível nº. 0132985-34.2014.8.19.0002

Incorreu, também, o julgado, em omissão quanto aos honorários sucumbenciais, pois deixou de se manifestar quanto à alíquota aplicável e a base de cálculo sobre a qual deverá incidir.

E houve erro material na ementa, pois a data da publicação do acórdão paradigma foi 29 de maio de 2024 e o número correto do Tema é 986/STJ.

Pede sejam sanados os vícios, aplicando-se a modulação de efeitos estipulada pelo julgamento do Tema 986 do STJ, bem como corrigindo-se os erros materiais apontados.

Diante da omissão quanto aos honorários de sucumbência, pede o pronunciamento também quanto à matéria.

Por fim, prequestiona as matérias que aponta.

O recurso é tempestivo, indexador 752, e foi contrariado, indexador 756.

O **Ministério Público** se houve pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, apenas para suprir a omissão relativa à sucumbência, sem efeitos infringentes quanto ao mérito, indexador 761.

É o relatório.

VOTO

Não é preciso muito esforço para perceber que o embargante se insurge, na verdade, contra o não atendimento da pretensão deduzida em apelação, exceto quanto à omissão relativa aos honorários de sucumbência, pois somente quanto a isto a ele assiste razão.

O acórdão embargado, ao contrário do afirmado no presente recurso, não incorreu nos vícios apontado em relação à conclusão pela não incidência da modulação de efeitos do Tema 986 do Egrégio Superior Tribunal

de Justiça, tendo, todavia, decidido em desacordo com a pretensão do ora embargante.

Fundamentou o julgado, expressamente, que a hipótese não se enquadra na modulação de efeitos definida no julgamento do Tema 986 pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, vale transcrever o seu seguinte trecho:

> No caso sob exame, a tutela de urgência fora deferida aos 28 de setembro de 2016, indexador 210, e revogada aos 05 de junho de 2017, pelo que não se enquadra na modulação de efeitos acima explicitada.
>
> Ou seja, a tutela provisória de urgência deferida ensejou a suspensão de exigibilidade do ICMS sobre as tarifas de uso dos sistemas de transmissão ou distribuição entre 28 de setembro de 2016 e 05 de junho de 2017, quando foi revogada pela decisão do indexador 249.
>
> Posteriormente, a r. sentença, aos 14 de setembro de 2017, **após, portanto, aquele marco do dia 27 de março de 2017**, ao julgar procedentes os pedidos, confirmou a decisão que deferira a tutela antecipada "(...) no sentido de declarar a inexistência de relação jurídica tributária quanto à incidência do ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) e distribuição (TUSD). Entre a concessão inicial da antecipação de tutela e a sentença, todavia, houve a revogação da primeira, é bom frisar, pelo que não se cumpre, aqui, o requisito cumulativo da modulação de decisão liminar anterior a 27 de março de 2017 ainda vigente, pois houve uma interrupção e a sentença é posterior a esta data.
>
> Forçoso é constatar a necessidade de reforma da decisão apelada, para julgar improcedentes os pedidos.

Não é demasiado dizer que a contradição passível de exame em embargos de declaração é aquela interna ao julgado, e não uma que eventualmente exista entre as conclusões deste e outras decisões.

O acórdão embargado, expressamente, entendeu que a tutela deferida na sentença, em data posterior ao marco temporal estabelecido pelo STJ, não se qualifica como provisória de urgência ou de evidência, e por isso concluiu pela não incidência da modulação de efeitos em questão.

Forçoso é constatar que o julgado, quanto à aplicação do Tema 986 do STJ, não incorreu em qualquer dos vícios apontados, bem como que

Embargos de declaração na Apelação Cível nº. 0132985-34.2014.8.19.0002

traduzem, estes embargos de declaração, irresignação com a análise que o Colegiado fez das questões postas nos autos, bem como com a conclusão alcançada, não se caracterizando qualquer dos vícios sanáveis nesta via, mas divergência entre as conclusões sustentadas pelos recorrentes e aquelas insertas no acórdão embargado.

Assiste parcial razão ao embargante, todavia, quanto à inversão dos ônus sucumbenciais, já que o apelo foi provido e a sentença foi integralmente reformada, julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Portanto, ficam redistribuídos os ônus de sucumbência ao autor, em decorrência do provimento do apelo do réu, fixado o percentual de 10% de honorários sobre o proveito econômico, bem como ficam retificados os dois erros materiais contidos na ementa apontados neste recurso.

Por fim, não há que se falar em prequestionamento em embargos de declaração, se não caracterizado qualquer vício passível de exame neste recurso de fundamentação vinculada.

Pelo exposto, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO e PARCIAL PROVIMENTO do recurso, apenas para redistribuição dos ônus sucumbenciais, fixado o percentual de 10% (dez por cento), e retificar os dois erros materiais contidos na ementa do julgado.**

Rio de Janeiro, na data da sessão de julgamento.

Desembargador **CUSTÓDIO DE BARROS TOSTES**
Relator