



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.106 - MT (2009/0162827-3)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADOS : DANIELA ALLAM GIACOMET
GUSTAVO DO AMARAL MARTINS E OUTRO(S)
LEONARDO FARIA SCHENK
LYVIA DE MOURA AMARAL
WESLEY BATISTA DE ABREU
AGRAVANTE : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : ADRIANE SILVA COSTA E OUTRO(S)
AGRAVADO : OS MESMOS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. TRIBUTAÇÃO SOBRE CHAMADAS INTERNACIONAIS (DDI) REALIZADAS PELA EMBRATEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA DE TELEFONIA LOCAL QUE NÃO PRATICA O FATO GERADOR. ACÓRDÃO ESTADUAL EM DESACORDO COM PRECEDENTES DAS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO. APELO NOBRE PROVIDO. VENCIDA A FAZENDA PÚBLICA. INSURGÊNCIA DA PARTE VENCEDORA CONTRA O JUÍZO DE SUCUMBÊNCIA PROFERIDO NA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DO ART. 20, § 4º, DO CPC. VERBA HONORÁRIA ARBITRADA EM 1% SOBRE O VALOR DA CAUSA. QUANTUM RAZOÁVEL. PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO NÃO ACOLHIDA.

1. Agravos regimentais contra decisão que deu provimento ao recurso especial da empresa e julgou prejudicado o recurso especial do Estado de Mato Grosso. O ente público invoca as Súmulas 280/STF e 7/STJ e, no mérito, sustenta a legitimidade passiva da empresa. Esta, por sua vez, pugna pela majoração da verba honorária decorrente do provimento do recurso especial.

2. Não é o caso de aplicação da Súmula 280/STF, pois a Corte de origem decidiu a questão relativa à responsabilidade tributária a partir de interpretação da legislação federal pertinente, disciplinada nos arts. 11 e 12 da LC 87/96. A menção à cláusula de Convênio de ICMS (que, supostamente, complementaria o RICMS), transcrita pelo acórdão *a quo*, não pode ser considerada como fundamento autônomo, até porque tal cláusula nada fala sobre responsabilidade tributária.

3. A análise da pretensão recursal da empresa não exige reexame da prova, mas a correta repercussão jurídica advinda dos fatos considerados pelo Tribunal estadual; inaplicável, portanto, o óbice da Súmula 7/STJ.

4. As operadoras de telefonia local não respondem pelo ICMS-Comunicação incidente sobre as chamadas por elas não efetivadas, na medida em que não praticam o respectivo fato gerador. Assim, o fato de elas serem responsáveis pela disponibilização de suas redes, faturamento e cobrança não as tornam contribuintes ou responsáveis pelo recolhimento do tributo incidente sobre chamadas internacionais que foram efetivamente prestadas por outra empresa, *in casu*, a Embratel. Precedentes: REsp 996.752/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19/2/2009; REsp 589.631/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 27/2/2007.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Na espécie, o *quantum* arbitrado pela decisão agravada, de 1% sobre o valor atualizado dos embargos à execução (de R\$ 8.168.965,57, em 10/11/2003), o que atualmente representa quantia superior a R\$ 100 mil (cem mil reais), mostra-se suficiente para remunerar condignamente os patronos da empresa vencedora.
6. Agravos regimentais do Estado de Mato Grosso e da empresa não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento aos agravos regimentais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.
Brasília (DF), 02 de agosto de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.106 - MT (2009/0162827-3)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADOS : DANIELA ALLAM GIACOMET
GUSTAVO DO AMARAL MARTINS E OUTRO(S)
LEONARDO FARIA SCHENK
LYVIA DE MOURA AMARAL
WESLEY BATISTA DE ABREU
AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : ADRIANE SILVA COSTA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravos regimentais interpostos pelo Estado de Mato Grosso e pela Brasil Telecom S/A contra decisão que deu provimento ao recurso especial da empresa, assim ementada: (fl. l. 031):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. TRIBUTAÇÃO SOBRE CHAMADAS INTERNACIONAIS (DDI) REALIZADAS PELA EMBRATEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA DE TELEFONIA LOCAL QUE NÃO PRÁTICA O FATO GERADOR. ACÓRDÃO ESTADUAL EM DESACORDO COM PRECEDENTES DAS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA PROVIDO. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DE MATO GROSSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, POR PREJUDICADO.

O ente público alega que o recurso especial não poderia ser conhecido em face dos óbices contidos nas Súmulas 280/STF e 7/STJ. No mérito, defende a responsabilidade tributária da operadora de telefonia local pelo recolhimento das ligações internacionais, na medida em que fatura e cobra tais chamadas do usuário final.

A empresa agravante sustenta, em síntese, que a quantia arbitrada a título de honorários advocatícios não condiz com a complexidade da causa e com o trabalho realizado, bem como não atende ao princípio da isonomia, na medida em que, na origem, ao julgar improcedentes os embargos à execução, a Corte local teria fixado a verba honorária em favor do estado no patamar de 10%. Pugna, pois, pela majoração dos honorários advocatícios.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.106 - MT (2009/0162827-3)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. TRIBUTAÇÃO SOBRE CHAMADAS INTERNACIONAIS (DDI) REALIZADAS PELA EMBRATEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA DE TELEFONIA LOCAL QUE NÃO PRÁTICA O FATO GERADOR. ACÓRDÃO ESTADUAL EM DESACORDO COM PRECEDENTES DAS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO. APELO NOBRE PROVIDO. VENCIDA A FAZENDA PÚBLICA. INSURGÊNCIA DA PARTE VENCEDORA CONTRA O JUÍZO DE SUCUMBÊNCIA PROFERIDO NA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DO ART. 20, § 4º, DO CPC. VERBA HONORÁRIA ARBITRADA EM 1% SOBRE O VALOR DA CAUSA. QUANTUM RAZOÁVEL. PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO NÃO ACOLHIDA.

1. Agravos regimentais contra decisão que deu provimento ao recurso especial da empresa e julgou prejudicado o recurso especial do Estado de Mato Grosso. O ente público invoca as Súmulas 280/STF e 7/STJ e, no mérito, sustenta a legitimidade passiva da empresa. Esta, por sua vez, pugna pela majoração da verba honorária decorrente do provimento do recurso especial.

2. Não é o caso de aplicação da Súmula 280/STF, pois a Corte de origem decidiu a questão relativa à responsabilidade tributária a partir de interpretação da legislação federal pertinente, disciplinada nos arts. 11 e 12 da LC 87/96. A menção à cláusula de Convênio de ICMS (que, supostamente, complementaria o RICMS), transcrita pelo acórdão *a quo*, não pode ser considerada como fundamento autônomo, até porque tal cláusula nada fala sobre responsabilidade tributária.

3. A análise da pretensão recursal da empresa não exige reexame da prova, mas a correta repercussão jurídica advinda dos fatos considerados pelo Tribunal estadual; inaplicável, portanto, o óbice da Súmula 7/STJ.

4. As operadoras de telefonia local não respondem pelo ICMS-Comunicação incidente sobre as chamadas por elas não efetivadas, na medida em que não praticam o respectivo fato gerador. Assim, o fato de elas serem responsáveis pela disponibilização de suas redes, faturamento e cobrança não as tornam contribuintes ou responsáveis pelo recolhimento do tributo incidente sobre chamadas internacionais que foram efetivamente prestadas por outra empresa, *in casu*, a Embratel. Precedentes: REsp 996.752/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19/2/2009; REsp 589.631/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 27/2/2007.

5. Na espécie, o *quantum* arbitrado pela decisão agravada, de 1% sobre o valor atualizado dos embargos à execução (de R\$ 8.168.965,57, em 10/11/2003), o que atualmente representa quantia superior a R\$ 100 mil (cem mil reais), mostra-se suficiente para remunerar condignamente os patronos da empresa vencedora.

6. Agravos regimentais do Estado de Mato Grosso e da empresa não providos.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Inicialmente, cabe, por oportuno, reproduzir, *in totum*, a decisão ora agravada:

Trata-se de recursos especiais interpostos pela Brasil Telecom S/A e pelo Estado de Mato Grosso contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, assim ementado (fls. 717-718):

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA - LIGAÇÕES INTERNACIONAIS - LEGITIMIDADE DO RECORRENTE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA DEMANDA - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - INEXISTÊNCIA - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA TERRITORIEDADE - NÃO ACOLHIMENTO - ISENÇÃO DOS SERVIÇOS DESTINADOS AO EXTERIOR - NÃO OCORRÊNCIA - MULTA FISCAL - ACRÉSCIMO DE 100% SOBRE O VALOR DO IMPOSTO DEVIDO - CARÁTER CONFISCATÓRIO - REDUÇÃO DO PERCENTUAL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não importando qual operadora viabilizou a conexão com o país estrangeiro, é a Apelante parte responsável para figurar no pólo passivo da demanda, conquanto responsável pela emissão da nota fiscal e destaque do respectivo ICMS, uma vez pago o tributo pelo usuário final. Não há que se falar em nulidade do auto de infração, quando o mesmo foi lavrado dentre as exigências legais.

Não há violação ao princípio da territorialidade, quando o serviço de ligação telefônica internacional constituiu-se em prestação interna, já que no país estrangeiro e destinatário da ligação ocorre mero desdobramento da prestação iniciada no Brasil, não sendo parte integrante do fato gerador do ICMS a mensagem chegada ao Exterior.

Por não se tratar de exportação de serviços e sim de sua prestação dentre o território Brasileiro, a um usuário final domiciliado dentro do Estado de Mato Grosso, improcede o argumento da Apelante relativo a isenção dos serviços destinados ao exterior.

Constatado pelo julgador o caráter confiscatório do acréscimo de 100% sobre o valor do tributo devido, deverá o mesmo proceder a sua redução em razão do princípio da vedação do confisco, previsto no art. 150, inciso IV, bem como ao postulado da razoabilidade.

Rejeitados os aclaratórios (fl. 955).

A empresa, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição da República, sustenta que o acórdão recorrido, além de divergir da jurisprudência do STJ, violou os arts. 2º, II, 11 e 12 da Lei Complementar 87/96; a cláusula 10 do Convênio ICMS 126/98; arts. 121, parágrafo único, I, 124, II, e 128 do CTN.

Para tanto, aduz que não é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, pois: a) as operadoras de telefonia local, até outubro de 1999, não executavam o serviço de chamadas internacionais (DDI), atividade essa até então exercida exclusivamente pela Embratel, motivo pelo qual não podem sofrer a tributação relativa a tais serviços; e b) o simples fato de promover a cobrança dos valores que representam faturamento da Embratel não altera o contribuinte do imposto, inexistindo lei que lhe impunha tal responsabilidade solidária ou por substituição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Defende, ainda, que o ICMS não é devido sobre exportações.

Por fim e sucessivamente, a empresa, acaso não se vislumbre o prequestionamento da matéria de fundo invocada, alega, também, violação do arts. 458, II, e 535, do CPC.

O Estado de Mato Grosso, com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, indica, preliminarmente, violação do art. 535, incisos I e II, do CPC. No mérito, afirma a existência de contrariedade aos arts. 460, caput, do CPC e 97, inciso V, do CTN. Argumenta que o acórdão recorrido julgou de maneira *extra petita*, pelo "fato de ter sido dado parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela recorrida, com a redução da multa fiscal aplicada para o percentual de 80%, de forma diversa do pleiteado pela empresa em seu apelo", no patamar máximo de 2%. Afirma, ademais, que a Corte estadual atuou indevidamente como legislador positivo ao reduzir percentual de multa prevista em lei.

Em contrarrazões (fls. 920-955), o ente público contrapõe: a) o recurso não pode ser admitido, pois: a) exige interpretação de lei local (Súmula 280/STF), b) revolvimento do acervo fático-probatório (Súmula 7/STJ), e c) a matéria nele versada não foi devidamente prequestionada. No mérito, diz que: d) não há violação do art. 535 do CPC; e) "a Recorrente é a empresa responsável pela feitura do lançamento tributário (emissão da Nota Fiscal Fatura), inclusive destacando o ICMS incidente sobre a operação"; f) a responsabilidade da recorrente decorre do que dispõe os Convênios ICM 04/89 e ICMS 126/98 e os arts. 11 e 12 da LC 87/96; g) o auto de infração não é nulo, nem tampouco foi ferido o princípio da territorialidade.

A empresa, da mesma forma, apresentou contrarrazões (fls. 996-1.003), pelas quais também alega que o recurso do estado não ultrapassa a barreira da admissibilidade, porquanto: a) os dispositivos infraconstitucionais alegados não forma prequestionados; b) há necessidade de reexaminar matéria fática (Súmula 7/STJ). No mérito, aduz inexistência de violação do art. 535 do CPC, insubsistência da fundamentação relativa ao art. 460 do CPC e 97, V, do CTN; e uniformidade na jurisprudência acerca do caráter confiscatório da multa no patamar de 100%.

Os recursos especiais aviados por ambas as partes foram admitidos pelo Tribunal de origem (fls. 1.012-1.014 e 1.018-1.019).

As partes também interpuseram recursos extraordinários; todavia apenas o do contribuinte foi admitido na instância *a quo* (fls. 1.009-1.011).

É o relatório. Decido.

Para melhor compreensão deste *decisum*, analisarei os recurso especiais separadamente.

Do recurso especial da empresa

Inicialmente, tendo em vista que matéria ventilada no recurso especial foi debatida pelo Tribunal estadual, tenho por satisfeito, ainda que implicitamente, o requisito do prequestionamento, motivo pelo qual supero, desde logo, as alegações concernentes a eventual vício de nulidade no julgado recorrido por suposta violação do art. 535 do CPC.

No mérito, analiso, por primeiro, a questão relativa à (i)ilegitimidade passiva da recorrente.

Quanto a este tema, não prosperam as alegações do ente público no pertinente ao conhecimento do recurso especial da empresa.

Não é o caso de aplicação da Súmula 280/STF; isso porque o acórdão *a quo* invocou a lei local apenas para justificar a legalidade da exação, o que nada se relaciona com a questão referente à sujeição passiva do tributo.

Da mesma forma, não é o caso de aplicação do verbete 7 da Súmula do STJ, na medida em que a pretensão da recorrente não diz respeito ao reexame da prova,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mas à correta repercussão jurídica advinda dos fatos considerados pelo acórdão recorrido.

Digo isso porque a tese jurídica defendida pela empresa é no sentido de que não é possível cobrar o ICMS sobre as chamadas internacionais da operadora local, porquanto não foi ela quem as efetivou, mas, tão somente, realizou as respectivas cobranças, e que essa circunstância não é suficiente para ensejar a responsabilidade tributária por substituição. A existência de tais fatos, quais sejam, a realização das chamadas internacionais pela Embratel e a mera responsabilidade da recorrente quanto à cobrança dos valores a serem repassados àquela, é facilmente depreendida do voto condutor do acórdão combatido. Confira-se, com grifo adicionado:

[...] o serviço de comunicação, onde há mais de uma operadora envolvida sofrerá uma tributação dobre o preço cobrado do usuário final, cabendo ao prestador dessa cobrança proceder ao devido recolhimento do ICMS.

Por derradeiro, tal capacidade será conferida à empresa sediada no domicílio do usuário, cabendo a mesma emitir a Nota Fiscal de Prestação de Serviço de Comunicação, lançando o respectivo imposto em questão.

A propósito, oportuno transcrever o parecer manifestado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no que tange aos artigos acima declinados:

[...]

Com efeito, ainda conforme o parecer da ANATEL, o usuário chamado (tomador de serviço) paga pela chamada originada no território nacional e a prestadora de serviço de longa distância internacional, no Brasil, remunera as prestadoras de serviços nos outros países. **No caso do serviço telefônico fixo comutado, a EMBRATEL é a concessionária do serviço de longa distância nacional e longa distância internacional, atuando em todas as áreas geográficas de prestação do serviço que abrange todo o território nacional.**

[...] a Apelante é a empresa sediada no Estado de Mato Grosso, sendo a responsável pela cobrança dos serviços de telefonia nacional e internacional, conforme se constata do seguinte trecho presente nas razões de seu próprio Recurso:

"Ao se efetuada a chamada internacional, a Embratel procede ao registro da operação (CDR), no qual constam os dados necessários para a quantificação dos valores auferidos e dos tributos incidentes.

Diante disso, a Embratel envia à empresa detentora da rede local as CDR's, devendo esta última proceder a cobrança dos usuários do serviço para, posteriormente, repassar tais valores à própria Embratel.

Esse método de cobrança foi justificado pelo fato de que as empresas detentoras das redes locais dispunham de maiores recursos para a emissão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

faturas, uma vez que já possuíam registros cadastrais dos usuários.

(...)

Observa-se, portanto, que por expressão previsão normativa a atividade da Apelante restringia-se apenas ao faturamento e cobrança da operação realizada pela Embratel (...)." (fl. 545/TJ).

Por conseguinte, não importando qual operadora viabilizou a conexão com o país estrangeiro, é a Apelante a responsável pela emissão da nota fiscal e destaque do respectivo ICMS, uma vez pago o tributo pelo usuário final, sendo, assim, parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda fiscal.

Ultrapasso, nesse particular, o exame de admissibilidade recursal e passo, doravante, ao exame de seu mérito.

Assiste razão à recorrente.

Com efeito, a controvérsia em comento já foi apreciada pelas Turmas de Direito Público, as quais decidiram no sentido de que as operadoras de telefonia local não respondem pelo ICMS-Comunicação incidente sobre as chamadas por elas não efetivadas, na medida em que não praticam o respectivo fato gerador. Assim, o fato de elas serem responsáveis pela disponibilização de suas redes, faturamento e cobrança não as tornam contribuintes ou responsáveis pelo recolhimento do tributo incidente sobre chamadas internacionais que foram efetivamente prestadas por outra empresa, *in casu*, a Embratel. A esse respeito, confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS DE TELEFONIA DE LONGA DISTÂNCIA INTERNACIONAL (DDI). OPERADORA LOCAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 NÃO CONFIGURADA.

1. As operadoras locais de telefonia, quer a móvel celular quer a de telefonia fixa comutada, não são contribuintes do ICMS-Comunicação incidente sobre serviços de telefonia de longa distância, porquanto não prestam esses serviços, sendo responsáveis tão-somente pela disponibilização de suas redes e pelo faturamento, arrecadação e cobrança das chamadas internacionais, na mesma conta que encaminham a seus clientes, repassando os pagamentos às operadoras de telefonia de longa distância - EMBRATEL e INTELIG. (Precedente: Resp 804.939/RR, Relator Min. Castro Meira, DJ de 17.11.06)

2. Deveras, à época dos fatos jurídicos tributários constantes do auto de infração (outubro/99 a março/00), os serviços prestados pelas operadoras de telefonia celular, no âmbito dos serviços de longa distância internacional, ao disponibilizarem suas redes com o escopo de viabilizar a comunicação telefônica internacional, ostentavam natureza meramente preparatória do serviço objeto da tributação pelo ICMS, constituindo, portanto, atividade-meio, que consiste na disponibilização dos meios e modos necessários à implementação do processo comunicacional.

3. O critério material da hipótese de incidência do ICMS é o serviço de comunicação decorrente de um contrato oneroso de prestação de serviço, do qual resulte efetivamente uma relação comunicativa entre o emissor e o receptor da mensagem. Isso significa que as atividades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

auxiliares, meras providências preliminares à prestação do serviço de telefonia internacional, não configuram fato gerador do ICMS.

4. "Os serviços de telecomunicação internacional, para serem executados, exigem a utilização da rede fixa local, da rede fixa interurbana e da rede móvel. A utilização destas redes não passa, é bem de ver, de condição para a cabal prestação do serviço em tela.

Na hipótese, não há falar, ainda, em prestação de serviço de telecomunicação internacional, que só se realiza quando a chamada se completa, em benefício de terceiro, no exterior. Por simplesmente viabilizar a prestação dos serviços em tela, a utilização das redes, inclusive de telefonia celular, não pode ser tributada por meio de ICMS. É que, juridicamente falando, ela se constitui numa mera etapa de sua prestação. Em síntese, a telecomunicação do Brasil para o exterior (atividade-fim) pressupõe a realização de uma série de atividades acessórias (atividades-meio) que, pelo menos para fins tributários, não podem ser consideradas isoladamente" (Roque Antônio Carrazza, ICMS, Malheiros Editores, 10ª edição, pp. 174/177).

5. Nesse mesmo sentido é que a doutrina assenta que: a) "o tributo em tela incide sobre a prestação dos serviços de comunicação (atividade-fim); não sobre os atos que a ela conduzem (atividades-meio).

A simples disponibilização, para os usuários, dos meios materiais necessários à comunicação entre eles ainda não tipifica a prestação do serviço em exame, mas simples etapa necessária à sua implementação" ;

b) "a Constituição autoriza sejam tributadas as prestações de serviços de comunicação, não é dado, nem ao legislador, nem muito menos ao intérprete e ao aplicador, estender a incidência do ICMS às atividades que as antecedem e viabilizam";

c) "a série de atos que colocam à disposição dos usuários os meios e modos aptos à prestação dos serviços de comunicação é etapa propedêutica, que não deve ser confundida com a própria prestação destes serviços. Não tipificando o fato impositivo do ICMS-Comunicação, está, pois, fora de seu campo de incidência. De outro lado, é importante termos presente que estas atividades-meio são levadas a efeito em benefício da própria pessoa que realiza o serviço. Têm por escopo, apenas, possibilitar as atividades-fim, que, estas sim - aproveitam a terceiros." 6. Sob o aspecto fático, mister observar-se que, até outubro de 1999, somente a EMBRATEL estava autorizada a realizar ligações telefônicas internacionais (DDI), passando a compartilhar a prestação desse serviço com a INTELIG, a partir de janeiro de 2000, nos termos da legislação de regência e dos respectivos contratos de concessão.

7. Os serviços de telefonia móvel celular e as ligações de longa distância internacional, hodiernamente, podem ser realizados e concluídos pela operadora local, sem interferência ou participação da EMBRATEL ou da INTELIG.

8. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, do CPC.

9. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10. Recurso especial provido (REsp 996.752/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19/2/2009).

TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS DE TELEFONIA DE LONGA DISTÂNCIA INTERNACIONAL (DDI). OPERADORA LOCAL. LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Até outubro de 1999, somente a EMBRATEL estava autorizada a realizar ligações telefônicas internacionais (Discagem Direta Internacional - DDI). A partir de janeiro de 2000, a prestação do serviço passou a ser compartilhadas com a INTELIG.

2. As operadoras locais de telefonia não prestam tais serviços, mas apenas faturam e arrecadam, na mesma conta que encaminham a seus clientes, os valores devidos à EMBRATEL e à INTELIG pelas ligações internacionais por elas realizadas. Os valores assim arrecadados não são contabilizados no ativo como receita, mas no passivo como 'contas a pagar'.

3. Se a operadora local não é contribuinte ou responsável tributária do ICMS incidente sobre as ligações telefônicas internacionais, não pode figurar no pólo passivo da relação jurídica tributária somente por faturar, arrecadar e repassar o valor devido à EMBRATEL ou à INTELIG.

4. "Os serviços de telecomunicação internacional, para serem executados, exigem a utilização da rede fixa local, da rede fixa interurbana e da rede móvel. A utilização destas redes não passa, é bem de ver, de condição para a cabal prestação do serviço em tela.

Na hipótese, não há falar, ainda, em prestação de serviço de telecomunicação internacional, que só se realiza quando a chamada se completa, em benefício de terceiro, no exterior. Por simplesmente viabilizar a prestação dos serviços em tela, a utilização das redes, inclusive de telefonia celular, não pode ser tributada por meio de ICMS. É que, juridicamente falando, ela se constitui numa mera etapa de sua prestação. Em síntese, a telecomunicação do Brasil para o exterior (atividade-fim) pressupõe a realização de uma série de atividades acessórias (atividades-meio) que, pelo menos para fins tributários, não podem ser consideradas isoladamente" (Roque Antônio Carrazza, ICMS, Malheiros Editores, 10ª edição, pp. 174/177).

5. Atualmente, nos serviços de telefonia móvel celular, as ligações de longa distância internacional podem ser realizadas e concluídas pela operadora local, sem interferência ou participação da EMBRATEL ou da INTELIG. Entretanto, como em nenhum momento foi alegado nos autos que as prestações que se pretende tributar foram realizadas na sistemática atual, não há como adotar-se a premissa neste julgamento, sob pena de inaceitável inovação na lide e revolvimento de fatos, medida incompatível com o apelo especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

6. Mérito do apelo prejudicado.

7. Recurso especial provido (REsp 589.631/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 27/2/2007).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS DE TELEFONIA INTERNACIONAL (DDI). EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Até outubro de 1999, somente a EMBRATEL estava autorizada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realizar ligações telefônicas internacionais (Discagem Direta Internacional - DDI).

2. Até então, as operadoras locais, que detinham o cadastro de usuários e realizavam a cobrança das ligações locais e intra-regionais, também eram responsáveis pela arrecadação, na mesma conta que encaminhavam a seus clientes, dos valores devidos à EMBRATEL pelas ligações internacionais por ela realizadas. Essas operadoras não contabilizavam os valores arrecadados no ativo, como receita, mas no passivo como "contas a pagar".

3. Se a operadora não era contribuinte ou responsável tributária do ICMS incidente sobre as ligações telefônicas internacionais, não poderia figurar no pólo passivo da execução somente por faturar, arrecadar e repassar o valor devido à EMBRATEL.

4. "Os serviços de telecomunicação internacional, para serem executados, exigem a utilização da rede fixa local, da rede fixa interurbana e da rede móvel. A utilização destas redes não passa, é bem de ver, de condição para a cabal prestação do serviço em tela.

Na hipótese, não há falar, ainda, em prestação de serviço de telecomunicação internacional, que só se realiza quando a chamada se completa, em benefício de terceiro, no exterior. Por simplesmente viabilizar a prestação dos serviços em tela, a utilização das redes, inclusive de telefonia celular, não pode ser tributada por meio de ICMS. É que, juridicamente falando, ela se constitui numa mera etapa de sua prestação. Em síntese, a telecomunicação do Brasil para o exterior (atividade-fim) pressupõe a realização de uma série de atividades acessórias (atividades-meio) que, pelo menos para fins tributários, não podem ser consideradas isoladamente" (Roque Antônio Carrazza, ICMS, Malheiros Editores, 10ª edição, pp. 174/177).

5. Mérito do apelo prejudicado.

6. Recurso especial provido (REsp 804.939/RR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 17/11/2006).

Reconhecida a ilegitimidade passiva tributária da empresa recorrente, julgo procedente os embargos à execução, com a conseqüente extinção do feito executivo. Condeno o Estado de Mato Grosso ao reembolso das custas e em honorários de 1% sobre o valor atualizado atribuído aos embargos à execução.

Por fim, fica prejudicada a análise das demais questões ventiladas no recurso especial da empresa, bem como das razões recursais deduzidas pelo ente público.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso especial da empresa** (art. 557, § 1º-A, do CPC), para reconhecer sua ilegitimidade passiva, e **nego seguimento ao recurso especial do Estado de Mato Grosso** (art. 557, *caput*, do CPC), por manifestamente prejudicado.

Publique-se. Intimem-se.

O Estado de Mato Grosso, conforme relatado, invoca o óbice da Súmula 280/STF, porquanto o acórdão *a quo* teria decidido a questão relativa à legitimidade e a responsabilidade tributária com base em lei local.

Penso, todavia, de forma diferente, pois a menção à cláusula de Convênio de ICMS (que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supostamente, complementar o RICMS), transcrita pelo acórdão *a quo*, não pode ser considerada como fundamento autônomo para manutenção do acórdão recorrido, até porque, consoante já assentado pela decisão agravada, tal cláusula nada fala sobre responsabilidade tributária, mas, apenas, acerca da base de cálculo do ICMS devido pela cessionária de redes de comunicação.

Lado outro, verifica-se, com nitidez, que a Corte de origem decidiu a questão relativa à responsabilidade tributária, ainda que em descompasso com a jurisprudência do STJ, a partir de interpretação da legislação federal pertinente, disciplinada nos arts. 11 e 12 da LC 87/96.

Reitero, ainda, que a admissibilidade do presente recurso não comporta a aplicação da Súmula 7/STJ, pois a análise da pretensão recursal não exige reexame da prova, mas a correta repercussão jurídica advinda dos fatos considerados pelo Tribunal estadual.

No mais, quanto ao mérito, propriamente dito, tem-se que a decisão agravada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, no sentido de que "as operadoras de telefonia local não respondem pelo ICMS-Comunicação incidente sobre as chamadas por elas não efetivadas, na medida em que não praticam o respectivo fato gerador. Assim, o fato de elas serem responsáveis pela disponibilização de suas redes, faturamento e cobrança não as tornam contribuintes ou responsáveis pelo recolhimento do tributo incidente sobre chamadas internacionais que foram efetivamente prestadas por outra empresa, *in casu*, a Embratel".

Analiso, doravante, o agravo interno da empresa, que, em suma, busca a majoração da verba honorária fixada pela decisão ora agravada.

Entretanto, tenho que o *quantum* arbitrado não merece alteração.

Os honorários advocatícios em desfavor da Fazenda Pública, avaliados mediante prévio juízo de equidade (art. 20, § 4º, do CPC), devem ser fixados com modicidade, observada, todavia, a justa remuneração do advogado.

Cumpra registrar, ainda, que o magistrado não está adstrito a nenhum critério específico para a fixação da verba honorária contra a Fazenda Pública, podendo, para tanto, adotar como parâmetro o valor da condenação, da causa, ou, ainda, quantia fixa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Importa apontar, também, que o percentual então arbitrado pela instância *a quo* não vincula o juízo desta Corte Superior sobre o juízo de sucumbência decorrente do provimento do recurso.

No caso concreto, considerando que a execução fiscal foi extinta ante o reconhecimento de uma questão preliminar de mérito (ilegitimidade, questão eminentemente de direito), inclusive já pacificada no âmbito do STJ, tenho que *quantum* arbitrado, de 1% sobre o valor atualizado dos embargos à execução (de R\$ 8.168.965,57, em 10/11/2003), o que atualmente representa quantia superior a R\$ 100 mil (cem mil reais), mostra-se suficiente para remunerar condignamente os patronos da empresa vencedora.

Ante o exposto, **nego provimento** aos agravos regimentais do Estado de Mato Grosso e da empresa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0162827-3 **AgRg no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.157.106 / MT

Números Origem: 1293642008 827352006

EM MESA

JULGADO: 02/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária

Bela. MÁRCIA ARAUJO RIBEIRO (em substituição)

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADO	: GUSTAVO DO AMARAL MARTINS E OUTRO(S)
ADVOGADOS	: DANIELA ALLAM GIACOMET LEONARDO FARIA SCHENK WESLEY BATISTA DE ABREU LYVIA DE MOURA AMARAL
RECORRENTE	: ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR	: ADRIANE SILVA COSTA E OUTRO(S)
RECORRIDO	: OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADOS	: GUSTAVO DO AMARAL MARTINS E OUTRO(S) DANIELA ALLAM GIACOMET LEONARDO FARIA SCHENK WESLEY BATISTA DE ABREU LYVIA DE MOURA AMARAL
AGRAVANTE	: ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR	: ADRIANE SILVA COSTA E OUTRO(S)
AGRAVADO	: OS MESMOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento aos agravos regimentais, nos termos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.