



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.087.407 - RJ (2008/0197977-8)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : VIVO S/A
ADVOGADO : CRISTIANE ROMANO
AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : VERÔNICA PINHEIRO VIDAL E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. TELEFONIA MÓVEL CELULAR. FORNECIMENTO DE "CARTÃO PRÉ-PAGO". AUSÊNCIA DE COBRANÇA NÍTIDA PELO PRODUTO/SERVIÇO. INEXISTÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE DOAÇÃO GRACIOSA. CONTRATO. PRESTAÇÃO ONEROSA. ART. 2º, III, DA LC N. 87/96. SÚMULA N. 7 DO STJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 165, 458 E 535 DO CPC. POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL ESTADUAL UTILIZAR O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO E OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA COMO RAZÕES DE DECIDIR. JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF. CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL, PELA ALÍNEA "B" DO PERMISSIVO, PREJUDICADO. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Trata-se de agravo regimental no qual se sustentam: (i) violação aos artigos 165, 458 e 535 do CPC; (ii) que, "[...] nos termos do art. 2º da LC 87/96, o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos"; e (iii) inaplicabilidade da Súmula n. 7 do STJ ao caso.

2. Na hipótese dos autos, discute-se a incidência do ICMS por ocasião do fornecimento do cartão de créditos para ativação de telefone celular pré-pago.

3. Não se verificam as alegadas violações aos artigos 165, 458 e 535 do CPC, quando o Tribunal de origem aplica, de forma clara, coerente e fundamentada, o direito que entende incidir à espécie.

4. Despicienda a expressa manifestação do julgador sobre os artigos de lei que tratam do ICMS, pois o julgador, desde que fundamente suficientemente sua decisão, não está obrigado a responder todas as alegações das partes, a ater-se aos fundamentos por elas apresentados nem a rebater um a um todos os argumentos levantados, de tal sorte que a insatisfação quanto ao deslinde da causa não oportuniza a oposição de embargos de declaração, sem que presente alguma das hipóteses do art. 535 do CPC.

5. Diante do princípio da persuasão racional (ou livre convencimento motivado), o magistrado aprecia livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, tendo tão somente que indicar os motivos que formaram o convencimento (art. 131 do CPC).

6. Conforme a jurisprudência do STJ e do STF, o acolhimento de parecer do Ministério Público e a utilização dos fundamentos da sentença como razões de decidir é perfeitamente possível.

7. Impende salientar, ainda, que a análise da alegada violação ao art. 2º, III, da LC n. 87/96 demandaria, além do reexame fático-probatório (súmula 7 do STJ), o exame dos contratos específicos em que cedidos os "cartões pré-pagos" (súmula 5 do STJ), pois, como assinalado no acórdão recorrido, a ausência de cobrança nítida pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

produto/serviço não equivale à ausência onerosidade.

8. A divergência jurisprudencial deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências do parágrafo único do art. 541 do CPC, c/c o art. 255, e seus parágrafos, do RISTJ.

9. A ausência de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado no acórdão recorrido e no paradigma impede o conhecimento do recurso especial pela hipótese da alínea "c" do permissivo constitucional.

10. Decisão recorrida que se mantém.

11. Agravo regimental não provido.

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 ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Licenciado o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 04 de março de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.087.407 - RJ (2008/0197977-8)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : VIVO S/A
ADVOGADO : CRISTIANE ROMANO
AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : VERÔNICA PINHEIRO VIDAL E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial, cuja ementa é a seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. TELEFONIA MÓVEL CELULAR. FORNECIMENTO DE "CARTÃO PRÉ-PAGO". AUSÊNCIA DE COBRANÇA NÍTIDA PELO PRODUTO/SERVIÇO. INEXISTÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE DOAÇÃO GRACIOSA. CONTRATO ONEROSO. PRESTAÇÃO ONEROSA. ART. 2º, III, DA LC N. 87/96. SÚMULA N. 7 DO STJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 165, 458 E 535 DO CPC. POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL ESTADUAL UTILIZAR O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO E OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA COMO RAZÕES DE DECIDIR. JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF. CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL, PELA ALÍNEA "B" DO PERMISSIVO, PREJUDICADO. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. COMPETÊNCIA DO STF. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

Em suas razões recursais, a recorrente alega (fls. 430-436):

(i) violação aos artigos 165, 458 e 535 do CPC;

(ii) "[...] nos termos do art. 2º da LC 87/96, o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos"; e

(iii) inaplicabilidade da Súmula n. 7 do STJ ao caso, por entender que "o próprio acórdão recorrido trouxe à baila a conclusão a que chegou o i. Expert nomeado pelo DD. juízo, fundada nas provas dispostas nos autos".

Autos conclusos em 10 de fevereiro de 2010.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.087.407 - RJ (2008/0197977-8)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. TELEFONIA MÓVEL CELULAR. FORNECIMENTO DE "CARTÃO PRÉ-PAGO". AUSÊNCIA DE COBRANÇA NÍTIDA PELO PRODUTO/SERVIÇO. INEXISTÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE DOAÇÃO GRACIOSA. CONTRATO. PRESTAÇÃO ONEROSA. ART. 2º, III, DA LC N. 87/96. SÚMULA N. 7 DO STJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 165, 458 E 535 DO CPC. POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL ESTADUAL UTILIZAR O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO E OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA COMO RAZÕES DE DECIDIR. JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF. CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL, PELA ALÍNEA "B" DO PERMISSIVO, PREJUDICADO. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Trata-se de agravo regimental no qual se sustentam: (i) violação aos artigos 165, 458 e 535 do CPC; (ii) que, "[...] nos termos do art. 2º da LC 87/96, o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos"; e (iii) inaplicabilidade da Súmula n. 7 do STJ ao caso.
2. Na hipótese dos autos, discute-se a incidência do ICMS por ocasião do fornecimento do cartão de créditos para ativação de telefone celular pré-pago.
3. Não se verificam as alegadas violações aos artigos 165, 458 e 535 do CPC, quando o Tribunal de origem aplica, de forma clara, coerente e fundamentada, o direito que entende incidir à espécie.
4. Despicienda a expressa manifestação do julgador sobre os artigos de lei que tratam do ICMS, pois o julgador, desde que fundamente suficientemente sua decisão, não está obrigado a responder todas as alegações das partes, a ater-se aos fundamentos por elas apresentados nem a rebater um a um todos os argumentos levantados, de tal sorte que a insatisfação quanto ao deslinde da causa não oportuniza a oposição de embargos de declaração, sem que presente alguma das hipóteses do art. 535 do CPC.
5. Diante do princípio da persuasão racional (ou livre convencimento motivado), o magistrado aprecia livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, tendo tão somente que indicar os motivos que formaram o convencimento (art. 131 do CPC).
6. Conforme a jurisprudência do STJ e do STF, o acolhimento de parecer do Ministério Público e a utilização dos fundamentos da sentença como razões de decidir é perfeitamente possível.
7. Impende salientar, ainda, que a análise da alegada violação ao art. 2º, III, da LC n. 87/96 demandaria, além do reexame fático-probatório (súmula 7 do STJ), o exame dos contratos específicos em que cedidos os "cartões pré-pagos" (súmula 5 do STJ), pois, como assinalado no acórdão recorrido, a ausência de cobrança nítida pelo produto/serviço não equivale à ausência onerosidade.
8. A divergência jurisprudencial deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências do parágrafo único do art. 541 do CPC, c/c o art. 255, e seus parágrafos, do RISTJ.
9. A ausência de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado no acórdão recorrido e no paradigma impede o conhecimento do recurso especial pela hipótese da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alínea "c" do permissivo constitucional.

10. Decisão recorrida que se mantém.

11. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): As alegações da recorrente não convencem, razão pela qual a decisão ora recorrida deve ser mantida, integralmente.

Eis as razões de decidir:

O voto condutor do acórdão recorrido, com grifo nosso, consignou o seguinte:

O cerne da questão é se existe ou não onerosidade do serviço, ou seja, se incide ou não ICMS na cessão do primeiro cartão de crédito para ativação de telefone celular pré-pago.

O que se verifica nos presentes autos **é a incidência do ICMS sobre o fornecimento de créditos para efetivação de comunicação por telefonia móvel**, na venda do respectivo aparelho telefônico por preço inferior ao custo, em decorrência de estratégia de venda, visando ampliar o mercado de consumo dos serviços.

O laudo do ilustre perito do juízo concluiu pela não incidência do imposto nas situações objeto dos autos de infração impugnados, esclarecendo que a comercialização dos referidos "kits" se deu de forma não onerosa, "com valor inferior aos custos, com objetivo de ganhar mercado... uma vez assegurado o mercado, o retorno dar-se-ia através do uso regular e constante daquele consumidor.

Assim, oportuna é a afirmação do *parquet* em 2º grau que ora vale destacar:

Como fica bastante evidente, houve uma operação comercial onerosa, não lucrativa, inexistindo previsão legal de incidência exclusiva nas operações lucrativas, posto que onerosidade e lucro, não são sinônimos nem tem conceitos que se possam assemelhar.

Assim, considerando que por sua própria opção a empresa renunciou temporariamente a ganho na operação comercial de sua atividade, não há que se falar em cessão gratuita de serviços, mas de assunção consensual e transitória de parte do ônus operacional.

Logo, ocorrido o fato gerador do tributo e consequente exigibilidade.

Portanto, ao contrário do que pretende fazer crer a empresa autora, a prestação dos cartões telefônicos com créditos para ligações celulares não foi gratuita. O custo respectivo está embutido no preço dos aparelhos revendidos, motivo pelo qual deve constar da base de cálculo da tributação.

A apelante realiza tal operação com o fito de angariar e fidelizar sua clientela, não podendo a mesma ser considerada simples doação. Por parte do prestador de serviço há o propósito de lucro".

[...]

No que concerne a alegação da apelante da ocorrência do *fumus*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

boni iuris e do *periculum in mora* não assiste razão à apelante por não estarem demonstradas nem as condições prévias de possibilidade da existência do direito reclamado e tampouco de risco na demora da apreciação meritória acerca da inexigibilidade do crédito tributário negado forma a indiciar irregularidade nos autos de infração contestados. Ausentes, portanto, os pressupostos autorizadores da prestação acautelatória.

Por conta de tais considerações, nego provimento ao recurso. Mantenho, na íntegra, a r. Sentença monocrática que, na forma regimental, é adotada como fundamentação adicional, bem como o d. Parecer de fls. 237/243.

Inicialmente, destaca-se que não se verificam as alegadas violações aos artigos 165, 458 e 535 do CPC, pois, como se percebe, o Tribunal de origem aplicou, de forma clara, coerente e fundamentada, o direito que entendeu incidir à espécie.

Isso, porque, embora tenha citado o laudo do perito, o Tribunal de origem entendeu que o parecer do *parquet* trata da matéria de forma juridicamente mais precisa, por isso que o elegeu como razão de decidir.

Nesse contexto, é bom frisar à recorrente que, diante do princípio da persuasão racional (ou livre convencimento motivado), o magistrado aprecia livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, tendo tão somente que indicar os motivos que formaram o convencimento (art. 131 do CPC).

Nesse sentido: [...]

De outro lado, percebe-se que o Tribunal *a quo* manifestou-se, no caso, sobre a base de cálculo do ICMS e sobre o princípio da tipicidade, ao remeter-se às conclusões da sentença de primeiro grau e do parecer do Ministério Público, afastando, de consequência, a alegação de não onerosidade do serviço prestado. Assinala-se que, conforme a jurisprudência do STJ e do STF, o acolhimento de parecer do Ministério Público e a utilização dos fundamentos da sentença como razões de decidir é perfeitamente possível. Vide: [...]

Nesse contexto, despidiendia a expressa manifestação sobre os artigos de lei que tratam do ICMS, pois o julgador, desde que fundamente suficientemente sua decisão, não está obrigado a responder todas as alegações das partes, a ater-se aos fundamentos por elas apresentados nem a rebater um a um todos os argumentos levantados, de tal sorte que a insatisfação quanto ao deslinde da causa não oportuniza a oposição de embargos de declaração, sem que presente alguma das hipóteses do art. 535 do CPC.

Assim, constatado que a Corte de origem empregou fundamentação adequada, suficiente e coerente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.

Nesse sentido, dentre outros: [...]

E, no que toca à alegada violação ao art. 2º, III, da LC n. 87/96, vejamos.

Em primeiro, ressalta-se, além de o cotejo analítico não ter sido feito nos moldes em que exigido pela jurisprudência do STJ, que o acórdão apontado como paradigma não tem similitude fático-jurídica com o caso dos autos. Vide a ementa do paradigma:

TRIBUTÁRIO - ICMS - "SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO" - CONCEITO - INCIDÊNCIA - AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - CLÁUSULA PRIMEIRA DO CONVÊNIO 69/98.

1. Há "serviço de comunicação" quando um terceiro, mediante prestação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

negocial-onerosa, mantém interlocutores (emissor/receptor) em contato "por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza". Os meios necessários à consecução deste fim não estão ao alcance da incidência do ICMS-comunicação.

2. A hipótese de incidência do ICMS-comunicação (LC 87/96; art. 2º, III) não permite a exigência do tributo com relação a atividades meramente preparatórias ao "serviço de comunicação" propriamente dito, como são aquelas constantes na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.

3. No Direito Tributário, em homenagem ao Princípio da Tipicidade Fechada, a interpretação sempre deve ser estrita, tanto para a concessão de benefícios fiscais, quanto para exigência de tributos. À míngua de Lei não é lícita a dilatação da base de cálculo do ICMS-comunicação implementada pelo Convênio ICMS 69/98 (art. 97, § 1º, do CTN).

4. Recurso provido (REsp 402047/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2003, DJ 09/12/2003 p. 214).

Em substituição ao *munus* da recorrente, cumpre assinalar que o acórdão paradigma trata "da obrigação de recolher aos cofres públicos quantias relativas ao ICMS sobre "os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou apliquem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada", nos termos do Convênio ICMS 69/98". Hipótese completamente distinta da dos autos, em que se discute a incidência de ICMS sobre a mercancia dos chamados "cartões de créditos para telefones pré-pagos".

Nesse contexto, é imperioso notar que o "cartão pré-pago" representa exatamente o produto/serviço comercializado pela recorrente VIVO S/A, sua atividade fim, que se materializa na exploração de serviços de telefonia móvel celular, por meio da prévia oferta de um "pacote de minutos", ou um "pacote de crédito" etc.

A peculiaridade do caso é que o custo do serviço é pago antecipadamente pelo usuário, daí porque é totalmente desarrazoada a alegação de que o negócio jurídico oneroso entre a autora e o usuário do serviço móvel celular só se realiza quando o usuário efetivamente usa os meios aptos e necessários à realização da comunicação, pois o negócio é realizado no momento da aquisição do "cartão pré-pago". Não custa lembrar que se o usuário compra o "cartão pré-pago", mas não o usa, o negócio jurídico imanente à espécie já foi completamente realizado.

A expressão "prestação onerosa", a que faz referência a LC n. 87/96, art. 2º, III, não remete à idéia de que se não há cobrança pelo produto/serviço não há incidência do imposto. Ao contrário, a expressão "prestação onerosa" remete à idéia de contrato oneroso, em que o benefício de uma das partes corresponde a um sacrifício patrimonial de outra. E é exatamente desse tipo de contrato que cuida a hipótese dos autos, como se observa do teor do acórdão recorrido, que, dentre as razões de decidir, elencou a seguinte passagem: "a prestação dos cartões telefônicos com créditos para ligações celulares não foi gratuita. O custo respectivo está embutido no preço dos aparelhos revendidos, motivo pelo qual deve constar da base de cálculo da tributação". Ou seja: o Tribunal *a quo* considerou o custo do cartão "pré-pago" no valor total da operação.

Assim, de consequência, encontra-se reforçado o entendimento de que não há violação ao art. 535 do CPC, pois totalmente desnecessário o enfrentamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expresso da alegada ausência de onerosidade, ante as disposições da LC n. 87/96, art. 2º, III.

Impende salientar, ainda, que, como se extrai das alegações recursais e do teor do voto condutor do acórdão recorrido, a análise da alegada violação ao art. 2º, III, da LC n. 87/96 demandaria, além do reexame fático-probatório (súmula 7 do STJ), a análise dos contratos específicos em que cedidos os "cartões pré-pagos" (súmula 5 do STJ), pois, como assinalado no acórdão recorrido, a ausência de cobrança nítida pelo produto/serviço não equivale à ausência onerosidade.

Constatada, portanto, a onerosidade na prestação do serviço, forçoso reconhecer que o acórdão recorrido está conforme a jurisprudência do STJ. *Mutatis mutandis*, vide:

[...]

Por último, anota-se que, com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, a competência para julgar, em instância extraordinária, recurso em que se discute a validade de lei local, em face de lei federal foi deslocada para o Supremo Tribunal Federal (art. 102, III, d, da CF/88), circunstância essa que infirma o juízo de admissibilidade do recurso especial em questão.

Ante o exposto, com base no art. 557 do CPC, **nego seguimento** ao recurso especial.

Dos argumentos apresentados no agravo interno não vislumbro razões para reformar a decisão agravada.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2008/0197977-8

**AgRg no
REsp 1087407 / RJ**

Números Origem: 200600131088 200713503625 200713714115 200800292168

EM MESA

JULGADO: 04/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : VIVO S/A
ADVOGADO : CRISTIANE ROMANO
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : VERÔNICA PINHEIRO VIDAL E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : VIVO S/A
ADVOGADO : CRISTIANE ROMANO
AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : VERÔNICA PINHEIRO VIDAL E OUTRO(S)

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 ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Licenciado o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília, 04 de março de 2010

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA
Secretária