AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 748.359 - RS (2015/0178242-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE	:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR	:	MARCOS ANTÔNIO MIOLA E OUTRO(S) - RS028984
AGRAVADO	:	TELEFÔNICA BRASIL S.A
ADVOGADOS	:	CLAUDIO LEITE PIMENTEL - RS019507
		SACHA CALMON NAVARRO COELHO - MG009007
AGRAVADO	:	TELEFONICA DATA S/A
ADVOGADOS	:	CLAUDIO LEITE PIMENTEL - RS019507
		SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S) - MG009007
		DEISE GALVAN BOESSIO - RS037736

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. CREDITAMENTO. BENS DO ATIVO PERMANENTE, CEDIDOS EM COMODATO. EMPRESA QUE PRESTA SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL. CESSÃO DE APARELHOS CELULARES, EM REGIME DE COMODATO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 568/STJ E ART. 253, PARÁGRAFO ÚNICO, II, **C**, DO RISTJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 02/08/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/73.

II. Na forma da jurisprudência, podem ser objeto de creditamento de ICMS os bens adquiridos com a finalidade de integrar o ativo permanente da sociedade empresária, ainda que posteriormente sejam cedidos a terceiros em regime de comodato, desde que se refiram a mercadorias ou serviços inerentes à atividade do estabelecimento. Nesse sentido: STJ, RMS 24.911/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/08/2012; REsp 1.307.876/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/02/2013.

III. A propósito, dispõe a Súmula 573/STF: "Não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato".

IV. Na hipótese, a empresa ora agravada – que tem por objeto social a prestação de serviços de telefonia móvel pessoal – adquiriu bens para seu ativo permanente, ou seja, aparelhos celulares, que foram cedidos, em regime de comodato, a determinados clientes. Essa operação não enseja transferência de propriedade, assim como não caracteriza circulação econômica de mercadoria, a ensejar recolhimento de ICMS. Ademais, prescinde do reexame de provas, a atrair o óbice da Súmula 7/STJ, concluir, no caso, que os bens cedidos relacionam-se com as atividades de prestação de serviços de telecomunicações que a parte agravada desenvolve, tal como demonstrado pela sentença.

V. A questão ora controvertida possui entendimento dominante nesta Corte, que autoriza a apreciação monocrática do apelo, nos termos da Súmula 568 do STJ ("O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao

recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema") e do art. 253, parágrafo único, II, **c**, do RISTJ. Ademais, na forma da jurisprudência desta Corte, o posterior julgamento do recurso, pelo órgão colegiado, na via do Agravo Regimental ou interno, tem o condão de sanar qualquer eventual má aplicação da regra contida no art. 557 do CPC/73, entendimento que se aplica à sistemática advinda com o CPC/2015. Inocorrência de afronta ao art. 932 do CPC/2015.
VI. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 07 de novembro de 2017 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 748.359 - RS (2015/0178242-5)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, contra decisão de minha lavra, publicada em 02/08/2017, assim fundamentada, **in verbis**:

> "Trata-se de Agravo, interposto por TELEFÔNICA BRASIL S.A e TELEFÔNICA DATA S/A, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que inadmitiu o Recurso Especial manejado em face de acórdão assim ementado:
>
> > 'APELAÇÃO CÍVEL. AUTO DE LANÇAMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. CRÉDITO DO ICMS PAGO NAS OPERAÇÕES DE ENTRADA SOBRE APARELHOS CELULARES, NÃO REVENDIDOS, MAS CEDIDOS EM COMODATO AOS CONSUMIDORES. INADMISSIBILIDADE. BENS ALHEIOS À ATIVIDADE DO ESTABELECIMENTO. EXEGESE DO ART. 20, § 1º, DA LC 87/96. PRECEDENTES DO STJ INAPLICÁVEIS AO CASO. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO.
> > APELAÇÃO PROVIDA, PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO' (fl. 387e).
>
> No Recurso Especial, manejado com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegam as recorrentes, além de dissídio entre julgados, ofensa ao art. 20, **caput** e § 1º da Lei Complementar 87/96.
> Pugnam, em síntese, pela 'requalificação jurídica dos bens cedidos em comodato pela VIVO S/A, os quais devem ser reconhecidos como integrantes de seu ativo permanente, viabilizando-se, assim, o creditamento pela aquisição dos aludidos aparelhos' (fl. 408e).
> Asseveram, nesse contexto, o seguinte:
>
> > 'Decerto, a possibilidade de os clientes das Recorrentes poderem adquirir os aparelhos celulares da maneira que lhes aprouverem no mercado **não afasta a imprescindibilidade do equipamento para o serviço de telecomunicações**, sendo, na realidade, somente uma peculiaridade do mercado de telefonia, que, em vista da diversidade de modelos e tecnologias, faculta ao usuário o poder de escolha de seu celular, em conformidade com os seus gostos, custos e interesses privados. A liberdade na escolha do aparelho e no modo de sua aquisição é **irrelevante**

> para aferir a vinculação entre o referido bem e o Serviço Móvel Pessoal. **De fato, o próprio acórdão reconhece a íntima relação entre o analisado serviço e os aparelhos celulares, a ponto de declarar, expressamente, que estes são o suporte material daquele**.
> Em última análise, a restrição imposta pelo acórdão recorrido acarretaria a extinção do direito de crédito na hipótese de comodato dos bens do ativo permanente, visto que, somente quando o comodante gozasse de exclusividade na oferta do item (afastando, assim, a possibilidade de operações autônomas de aquisição), seria lídimo o creditamento' (fl. 413e).

Oferecidas contrarrazões (fls. 532/554e), foi negado seguimento ao Recurso Especial (fls. 579/585e), o que ensejou a interposição do presente Agravo (fls. 589/609e).

A irresignação merece acolhimento.

Depreende-se, dos autos, que VIVO S/A – posteriormente sucedida pelas empresas ora agravantes – ajuizou demanda contra o Estado do Rio Grande do Sul, pretendendo a anulação de Auto de Lançamento por suposta apropriação indevida de créditos de ICMS, estes advindos da aquisição, para o ativo permanente da sociedade empresarial, de aparelhos celulares, posteriormente cedidos em comodato para clientes que contrataram serviços de telefonia móvel prestados pela empresa.

A sentença julgou procedente a demanda, nos seguintes termos:

> 'VIVO S/A ajuizou Ação Ordinária em face do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pretendendo a anulação do Auto de Lançamento n. 0015151468.
> Alegou que tem por objeto social a prestação de serviços de telefonia móvel pessoa e, para viabilizar sua atividade empresarial, muitas vezes cede a seus clientes corporativos aparelhos de telefonia celular em regime de comodato, sendo que referidos bens integram seu ativo imobilizado e continuam sob sua propriedade. Disse que, no entanto, foi autuada pelo Fisco estadual sob a acusação de ter-se apropriado indevidamente de créditos de ICMS do ativo permanente advindos da aquisição de aparelhos de telefonia celular no período de janeiro a novembro de 2005, bem como de fevereiro e maio a outubro de 2006, uma vez que não realizou o estorno desses créditos após a remessa dos celulares aos clientes a título de comodato. (...) Assim, limitando-se ao período de fevereiro e maio a outubro de 2006, afirmou ter sido indevido o lançamento porque é legítima a tomada de créditos do ICMS pago na aquisição de ativo imobilizado, não

sendo a simples remessa em comodato evento hábil a invalidá-lo.
(...)
O réu foi citado e apresentou contestação, afirmando que a comercialização de aparelhos celulares integra o objeto social da autora e, portanto, não se pode aceitar que a sua entrega em comodato a alguns clientes, como estratégia comercial, se preste a viabilizar sua atividade empresarial. Neste passo, sustentou que os bens cedidos em comodato não integram seu ativo imobilizado, no sentido correto da expressão. Ainda, argumentou que os equipamentos em discussão entraram no estabelecimento da demandante na condição de mercadoria para fins de posterior comercialização e somente passaram a integrar seu ativo fixo ou permanente, conforme por ela entendido, quando saíram em regime de comodato para seus clientes. Também alegou que, mesmo que fosse admitido que os bens cedidos em comodato integram o ativo fixo da empresa autora, é fato inconteste que houve a saída destes bens em operação não tributada, o que por si só veda o creditamento, nos termos do artigo 20, §1º, da LC 87/96. Por fim, invocou o princípio da legalidade para defender a impossibilidade do pedido contido na inicial. Requereu a improcedência da demanda (fls. 233/242).
(...)
Inicialmente, cumpre observar que não há qualquer dúvida quanto ao fato de que o crédito tributário em análise surgiu do creditamento, pela autora, de ICMS recolhido na entrada de aparelhos de telefonia móvel que, posteriormente, foram entregues a clientes seus em regime de comodato. O demandado, e mesmo a autoridade fiscal no Auto de Lançamento, embora entendam indevido o creditamento, não contestam o fato de que este se baseou em operações de comodato, portanto isso não é algo que precise ser comprovado, não obstante assim tenha sido entendido em sede de cognição sumária, por ocasião da apreciação do pedido de tutela antecipada.
Dito isto, tenho que a ação merece prosperar.
É sabido que, com a vigência da LC 87/96, as mercadorias que entrarem no estabelecimento empresarial e forem destinadas ao ativo fixo da empresa dão a esta o direito de se creditar do ICMS recolhido quando da aquisição das mercadorias. É o que se depreende dos artigos 20, *caput*, e 33, III, do referido diploma legal – *verbis*:

> 'Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de

creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.'

'Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:
[…]
III - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, nele entradas a partir da data da entrada desta Lei Complementar em vigor.'

Já o artigo 21, III, da mesma Lei, ressalva que, se o contribuinte vier a utilizar a mercadoria para fim alheio à atividade empresarial, impõe-se o estorno do imposto a que se tenha creditado.
No caso, é fato notório que a principal atividade desenvolvida pela autora é a prestação de serviços de telefonia móvel e que aparelhos celulares (independentemente da forma e local de aquisição) estão diretamente relacionados a essa atividade empresarial. Assim, é evidente que a entrega de aparelhos pela autora – seja a título gratuito ou oneroso – destina-se a viabilizar o serviço por ela prestado, de maneira que não se cogita, aqui, a incidência do artigo 21, III, da LC 87/96.
De igual maneira, independentemente de que forma tenham entrado as mercadorias no estabelecimento da demandante – se como produtos destinados a revenda ou não –, é certo (e prescinde de prova, como já visto no início desta decisão), que eles não foram revendidos, tampouco tiveram, a qualquer título, sua propriedade transferida. Os bens, como parte de estratégia comercial, foram entregues a clientes em comodato, operação que não caracteriza a circulação econômica e, por isto mesmo, não enseja o recolhimento de ICMS, conforme entendimento já sumulado no STJ.
Dessa forma, se a propriedade dos bens não foi transferida para estes, indubitavelmente, são os responsáveis por viabilizar a principal atividade empresarial da autora, não há dúvida de que integram, no caso, o seu ativo imobilizado, de modo que as operações em que foram adquiridos, por

> **força dos dispositivos legais já mencionados, geram sim o direito a crédito.**
> Por outro lado, descabida a alegação de que, por não ser tributada a operação posterior (de 'saída' dos telefones do estabelecimento para os clientes, em regime de comodato), o creditamento é inviabilizado pelo que dispõe o §1º do artigo 20 da LC 87/96. Ora, **se não há transferência da propriedade e o bem integra o ativo fixo da empresa, ou, em outras palavras, se não chega a ocorrer a circulação econômica (que é o objeto de incidência de ICMS), não há de se falar em 'operação de saída' não tributada, pois simplesmente não houve a pretensa operação, não ocorreu o fato gerador.**
> (...)
> **ISSO POSTO**, julgo **procedente** o pedido deduzido na inicial para anular o Auto de Lançamento n.º 0015151468, desconstituindo o crédito tributário nele lançado, no que se refere à quantia já inscrita em dívida ativa' (fls. 299/303e).

Interposta Apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso, com base nos seguintes fundamentos:

> '2. **FATOS.** São incontroversos, haja vista a própria autora desistir de realizar provas (fl. 263), e estão assim resumidos no Anexo ao Auto de Lançamento nº 0015151468, de 20-12-2010, no valor de **R$14.989.206,51** (fls. 66-7):
> > Examinada a documentação disponibilizada pelo sujeito passivo, apuramos a ocorrência de escrituração e utilização de valores a título de crédito fiscal do ativo imobilizado/permanente originado de operações de remessa de aparelhos celulares em comodato, prática esta que encontra vedação na legislação tributária vigente.
> > A inadmissibilidade do crédito fiscal apropriado pelo sujeito passivo, tomando os fatos como se apresentam, determinou a análise dentro do seguinte ordenamento.
> > Iniciemos pelo procedimento adotado no que tange aos aparelhos celulares, objeto dos contratos de comodato, fulcro do exame fiscal ora proposto que, em substrato, foi assim descrito: **adquire os aparelhos celulares para revenda** e escritura em seu livro de entrada o ICMS destacado na 1ª Via da Nota Fiscal emitida pelo fornecedor. Em momento posterior, decide **transpor seu estoque de mercadorias para ingresso no ativo imobilizado que,**

> **de forma simultânea, são destinados em comodato aos seus clientes.** (grifos do original).
>
> A saída dos aparelhos celulares em comodato é documentada por Nota Fiscal sem destaque do ICMS que gera, por consequência, o estorno do crédito anteriormente apropriado, assim como o lançamento do débito referente ao diferencial de alíquota quando aplicável.

Noutras palavras, quando a autora compra aparelhos celulares **para revender** aos seus clientes que consomem os seus serviços de telefonia móvel, não há dúvida de que faz jus ao creditamento do ICMS pago na operação de entrada.

Porém, segundo o Fisco, a tal não faz jus quando, em vez da revenda, realiza **comodato**, isto é, cede gratuitamente o aparelho ao cliente, a fim de que este utilize onerosamente os serviços de telefonia. Quando tal ocorre – sustenta –, a empresa converte **mercadorias** em **ativo permanente**, quer dizer, converte produtos comprados para revender, e por isso **mercadorias**, em produtos comprados para integrar o ativo permanente, e por isso **bens**. Em suma: **converte mercadorias em bens**.

A inexistência do direito de apropriação do ICMS pago sobre os aparelhos nas operações de entrada, convertidos em **ativo permanente** e cedidos **em comodato**, está em que são **bens alheios** à atividade do estabelecimento, portanto, o crédito deve ser estornado, *rectius*, anulado.

Como a autora não fez isso, houve o Auto de Lançamento pela utilização indevida, e nisto repousa toda a controvérsia do processo.

(...)

5. **CREDITAMENTO DO ICMS SOBRE OS BENS DO ATIVO PERMANENTE.** Considerando que os bens do ativo permanente ou ativo imobilizado só se integram **simbolicamente** às operações de saída, cumpre verificar se há previsão infraconstitucional ao creditamento.

> Nesse sentido, a LC 87, de 13-9-96, estabelece no art. 20 a possibilidade de creditamento do ICMS cobrado '*em operações de que tenha resultado a **entrada** de mercadoria, real ou simbólica, **no estabelecimento**, inclusive a destinada ao **uso ou consumo ou ao ativo permanente**, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.*'

Porém, o § 1º faz exclusões, dizendo: '*Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, **ou que se***

refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.'

(...)

6. **BENS ALHEIOS À ATIVIDADE.** Verificado que a empresa tem direito de se creditar do ICMS sobre os bens do ativo permanente, sendo a partir da LC 102/2000, à base de 1/48 (um quarenta e oito avos), desde que, conforme diz o § 1º do art. 20 da LC 87/96, não sejam **alheios** à atividade do estabelecimento, cumpre verificar se no caso há a excludente, o que define a sorte do Auto de Lançamento.

Pois bem.

O que significa bens **alheios** à atividade? Ou, invertendo a pergunta, o que significa bens **não alheios** à atividade? Não há dúvida de que os **não alheios** são os **vinculados à atividade**, isto é, inerentes, necessários, imprescindíveis, enquanto os **alheios** são os apenas **relacionados à atividade**, isto é, dispensáveis, prescindíveis.

Ora, no caso em julgamento, ainda que o consumo do serviço de telefonia, na modalidade móvel, tenha como suporte material o dito **celular**, o aparelho em si é alheio à atividade, não é vinculado a ela, tanto assim que a autora compra o aparelho para revendê-lo ou dá-lo em comodato. Não é inerente ao serviço de telefonia em si, haja vista nada obstar o consumidor comprá-lo em operação autônoma no mercado e fazer a habilitação para utilizar o serviço.

Não se trata, pois, de atividade-meio, e sim autônoma-relacionada – portanto, **alheia à atividade do estabelecimento** –, assim como explicitou o § 2º em relação aos veículos de transporte pessoal.

Peço vênia para transcrever passagem da apelação, na qual o ilustre patrono diz o seguinte (fls. 237v.-8):

> Então, se as linhas telefônicas fornecidas pela autora podem operar com aparelhos adquiridos no mercado – inclusive da própria – não há como se aceitar que os aparelhos que entrega em comodato a alguns de seus clientes são '*indispensáveis à prestação dos serviços de telecomunicação móvel pessoal*'.
>
> São quando muito **úteis** e se prestam mais à estratégia comercial, de mercado da autora. Portanto, não se '*destinam à realização de seu objeto social*' porque, se de fato consta no seu estatuto, como um dos seus vários objetos '*dar em comodato aparelhos telefônicos*', óbvio que tal alusão é mais indicação permissiva a seus administradores do que

> indicação de vocação empresarial, porque não é preciso ser dotado de grande tirocínio para se intuir que nenhuma empresa com fins lucrativos pode ter como objeto social emprestar a título gratuito bens de consumo a terceiros!

Diz ainda a apelação (fl. 238): '*... se de fato o aparelho de telefonia celular é essencial para o cliente de serviço de telefonia usufruir destes serviços, não se discute que também o aparelho de TV é essencial para o usuário dos serviços de televisão paga desfrute da programação ofertada pelas operadoras destes serviços. Contudo, ninguém validamente pode cogitar que é imprescindível, essencial ao seu objeto social que elas entreguem em regime de comodato a seus clientes aparelhos de televisão.*'

A autora invoca repetidamente precedentes do STJ, por exemplo, o que diz o seguinte:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA QUE SE DEDICA À PRODUÇÃO E AO COMÉRCIO DE CERVEJAS, REFRIGERANTES, BEBIDAS EM GERAL E GÁS CARBÔNICO. AQUISIÇÃO DE BENS QUE SE DESTINAM À ATIVIDADE PROFISSIONAL DA EMPRESA. DIREITO AO CREDITAMENTO. CONVERSÃO EM RENDA DO DEPÓSITO RECURSAL EFETUADA EM MANIFESTA ILEGALIDADE. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO.
>
> 1. A partir da vigência da LC 87/96, as mercadorias entradas no estabelecimento e destinadas ao ativo permanente dão direito de crédito do ICMS (art. 20, c/c o art. 33, III, da LC 87/96) incidente na operação de aquisição, impondo-se o estorno do imposto de que se tiver creditado o contribuinte sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser utilizado em **fim alheio à atividade do estabelecimento** (art. 21, III, da LC 87/96). Por outro lado, é incontroverso que a impetrante é empresa que se dedica à produção e ao comércio de cervejas, refrigerantes, bebidas em geral e gás carbônico. Nesse contexto, é evidente que as mercadorias em discussão – vitrines, chopeiras, freezer expositores, mesas e cadeiras – destinam-se à atividade profissional da empresa. Cumpre acrescentar que o fato de os bens em discussão serem objeto de **contratos de comodato realizados com terceiros (revendedores) não implica óbice ao creditamento do ICMS.** (grifos apostos).
>
> 2. (*Omissis*).
>
> 3. (*Omissis*).

> 4. Recurso ordinário provido.
> (RMS nº 24911-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, em 26-6-12, DJe de 6-8-12).

Diz a autora que '*Analogicamente, os freezers ou chopeiras são os celulares cedidos em comodato pela empresa VIVO aos seus clientes, para que possam receber o sinal de telecomunicação por ela fornecido.*' (fl. 321).

Porém, com a devida vênia, outro é o clichê fático *sub judice*.

No caso do fabricante de cerveja e bebidas em geral que cede em comodato, mesas, cadeiras, chopeiras, etc., tal ocorre para que os **comodatários** possam exercer a **atividade de revenda**, isto é, consoante diz a ementa, eles são **revendedores**. Relativamente a eles, tais equipamentos são meio para a atividade-fim, que é a **revenda das bebidas**.

Já no comodato de celulares, os comodatários são **consumidores**, **não revendedores**.

7. **DISPOSITIVO.** Nesses termos, provejo a apelação, prejudicado o reexame necessário conhecido de ofício, a fim de julgar improcedente o pedido, invertida a sucumbência, atualizados os honorários advocatícios pelo IGP-M desde a sentença, mais juros moratórios mensais de 1% a partir do prazo para pagamento espontâneo (CPC, art. 475-J)' (fls. 389/397e).

Daí a interposição do Recurso Especial, fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em que TELEFÔNICA BRASIL S.A e TELEFÔNICA DATA S/A – sucessoras da VIVO S/A – afirmam contrariedade ao art. 20, **caput** e § 1º da Lei Complementar 87/96, além de dissidio entre julgados.

Negado seguimento ao Recurso Especial, foi interposto o presente Agravo.

A controvérsia em análise cinge-se à possibilidade de utilização de créditos de ICMS resultantes da compra de aparelhos celulares, destinados ao ativo permanente das empresas recorrentes, ainda que posteriormente cedidos em comodato a clientes do serviço de telefonia móvel.

Dispõe a LC 87/96, ao tratar do ICMS:

> 'Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.
> Art. 20. **Para a compensação a que se refere o artigo**

> **anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente**, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.
> § 1º **Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços** resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou **que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento**.

Com base nos dispositivos acima, o Tribunal de origem, reformando a sentença de 1º Grau, entendeu que as ora agravantes não poderiam ser beneficiadas pelos créditos de ICMS relacionadas à aquisição, para o ativo permanente, de aparelhos celulares posteriormente cedidos a clientes em comodato, ao fundamento de que tais aparelhos seriam alheios à atividade desenvolvida pelas empresas, qual seja, a prestação de serviços de telefonia móvel.
Este entendimento, no entanto, está em desacordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
Como dito, o ICMS cobrado na operação que deu ensejo à inclusão da mercadoria no ativo permanente da empresa pode ser utilizado como crédito, pelo sujeito passivo, desde que não resulte de operações isentas ou não tributadas, ou que os produtos em questão não sejam alheios à atividade prestada, hipótese não configurada no caso de aparelhos celulares incluídos no ativo permanente de empresas que prestam serviços de telefonia celular.
Deve-se ressaltar, outrossim, que a cessão dos celulares em questão, em comodato, a clientes das empresas de telefonia, não impede a utilização do crédito tributário de ICMS, porquanto não há efetiva circulação da mercadoria, permanecendo os bens no ativo da sociedade empresária. De outra parte, a possibilidade de aquisição de aparelhos celulares no mercado não torna tais mercadorias alheias à atividade dos estabelecimentos ora recorrentes.
Nesse sentido:

> 'PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA QUE SE DEDICA À PRODUÇÃO E AO COMÉRCIO DE CERVEJAS, REFRIGERANTES, BEBIDAS EM GERAL E GÁS CARBÔNICO. AQUISIÇÃO DE BENS QUE SE DESTINAM À ATIVIDADE PROFISSIONAL DA EMPRESA. DIREITO AO CREDITAMENTO. CONVERSÃO EM RENDA DO

DEPÓSITO RECURSAL EFETUADA EM MANIFESTA ILEGALIDADE. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO.

1. **A partir da vigência da LC 87/96, as mercadorias entradas no estabelecimento e destinadas ao ativo permanente dão direito de crédito do ICMS (art. 20, c/c o art. 33, III, da LC 87/96) incidente na operação de aquisição, impondo-se o estorno do imposto de que se tiver creditado o contribuinte sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser utilizado em fim alheio à atividade do estabelecimento (art. 21, III, da LC 87/96).**

Por outro lado, é incontroverso que a impetrante é empresa que se dedica à produção e ao comércio de cervejas, refrigerantes, bebidas em geral e gás carbônico. Nesse contexto, é evidente que as mercadorias em discussão vitrines, chopeiras, freezer expositores, mesas e cadeiras destinam-se à atividade profissional da empresa.

Cumpre acrescentar que o fato de os bens em discussão serem objeto de contratos de comodato realizados com terceiros (revendedores) não implica óbice ao creditamento do ICMS.

2. No que se refere à alegada ilegalidade da execução da garantia do depósito recursal, também assiste razão à impetrante. Conforme ressaltado pelo Tribunal de origem, no acórdão proferido em sede de embargos de declaração, 'de acordo com o art. 250, § 5º, b, do Decreto-Lei nº 5/75, a conversão do depósito recursal em receita estadual somente pode ser efetuada após a ciência do contribuinte da decisão administrativa de indeferimento proferida pelo Secretário Estadual de Fazenda, sendo que os arts. 35 e 37 do Decreto Estadual nº 2.473 determinam que tal ocorra pessoalmente'. Não obstante a exigência prevista na legislação estadual, a execução da carta de fiança bancária ocorreu em 13 de junho de 2003, havendo a cientificação da impetrante tão somente em 8 de junho de 2006. Nesse contexto, verifica-se que a apropriação do valor relativo ao depósito recursal (execução da carta de fiança bancária), ocorreu em manifesta ilegalidade, pois, como mencionado, a cientificação do contribuinte ocorreu em momento posterior à execução da garantia, em desrespeito à legislação estadual. Ao contrário do que entendeu o Tribunal de origem, a impetração do presente mandamus não supera nem convalida a ilegalidade perpetrada.

3. Como bem observado pelo Ministério Público Federal, 'os bens adquiridos (chopeira, expositor etc.), destinados ao ativo

permanente da recorrente, estão diretamente relacionados com a sua atividade-fim (produção e comércio de cervejas, refrigerantes, bebidas em geral, gelo e gás carbônico e produção e comércio de matérias-primas e materiais diversos, aparelhos, máquinas, equipamentos e tudo mais que seja necessário ou útil às suas atividades) e são necessários para a continuidade da empresa', razão pela qual 'deve ser reconhecido o seu direito ao crédito relativo à entrada das referidas mercadorias, conforme previsto nos arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 33, § 3º, da Lei Estadual nº 2.657/96 e, por conseguinte, à restituição dos valores da garantia do depósito recursal, indevidamente convertido em renda'.
4. Recurso ordinário provido' (STJ, RMS 24.911/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 06/08/2012)

'TRIBUTÁRIO. ICMS. BENS IMPORTADOS. ATIVO PERMANENTE. DIREITO AO CREDITAMENTO. CESSÃO EM COMODATO A TERCEIROS. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DO DEVER DE ESTORNAR. AUTUAÇÃO FISCAL IMPROCEDENTE.
1. **Hipótese em que se discute se existe o dever de o contribuinte estornar crédito de ICMS apurado na importação de bem para o ativo permanente, cedido em comodato a terceiro.**
2. **Os arts. 20, § 3°, I, e 21, I, da LC 87/1996 se complementam. O primeiro autoriza o creditamento do imposto cobrado na operação que tenha resultado a entrada de mercadoria no estabelecimento, mesmo a destinada ao ativo permanente (caso dos autos), mas excepciona a hipótese em que a saída subsequente não for tributada ou estiver isenta. O segundo impõe ao contribuinte o dever de estornar o ICMS creditado, se incidir essa regra excepcional, isto é, quando o próprio creditamento for vedado.**
3. **Se os equipamentos são cedidos em comodato, não se pode falar em 'saída', sob a perspectiva da legislação do ICMS, entendida como circulação de mercadoria com transferência de propriedade. Nesse caso, os bens não deixam de integrar o patrimônio do contribuinte.**
4. **Portanto, a hipótese dos autos não se subsume aos arts. 20, § 3°, I, e 21, I, da LC 87/1996, o que permite a conclusão pela possibilidade de manutenção do crédito de ICMS. Se**

> **não havia o dever de estornar, afigura-se indevida a autuação. No mesmo sentido: RMS 24.911/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6/8/2012.**
> 5. Recurso Especial provido' (STJ, REsp 1.307.876/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/02/2013).
>
> 'RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. COMODATO. NÃO-CONSTITUIÇÃO DO FATO GERADOR. BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. CREDITAMENTO. ESTORNO. DESCABIMENTO.
> 1. **'Não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato'. (Súmula 573/STF).**
> 2. Deveras, a transferência de bens do ativo permanente, no âmbito da mesma empresa, não constitui fato gerador do ICMS, sendo indevido o crédito relativos a eles.
> 3. Consoante a Súmula do Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência do Eg. STJ, o pleito da parte é não ser instada a estornar, exatamente porque aquilo não gera o crédito que imporia, por força do princípio da cumulatividade, a compensação da operação subseqüente.
> 4. Recurso Especial parcialmente conhecido, e provido' (STJ, REsp 791.491/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe de 07/11/2006).

Nesse contexto, merece reforma o acórdão proferido pelo Tribunal de origem, com o restabelecimento da sentença que julgara procedente o pedido de anulação de Auto de Lançamento por suposta apropriação indevida de créditos de ICMS.
Em face do exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, **c**, do RISTJ, conheço do Agravo para dar provimento ao Recurso Especial, a fim de reformar o aresto recorrido e restabelecer a sentença" (fls. 681/692e).

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

> "I - DA AUSÊNCIA DE HIPÓTESE LEGAL PARA JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELA RELATORA: INEXISTÊNCIA DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ ACERCA DA MATÉRIA. TEMA CONTROVERTIDO QUE NÃO SE CONFUNDE COM OS PRECEDENTES INVOCADOS
> De início, é preciso observar que a controvérsia sob exame não guarda

identidade com os precedentes invocados na monocrática agravada ou nas manifestações das sociedades empresárias nos autos, razão pela qual a solução dedicada àqueles casos não irradiam reflexo algum sobre a demanda presente.

(...)

Não é necessário maior esforço para se concluir, com segurança, que os julgados chamados à colação não tratam da mesma hipótese. Naqueles, integravam a discussão uma fabricante de sorvetes, uma fabricante de bebidas e/ou uma distribuidora de reagentes químicos. No caso, ao distribuírem seus produtos (sorvetes, bebidas, reagentes) no atacado para que seus clientes/varejistas (que recebem os bens em comodato) os revendam aos consumidores finais, os fornecedores necessitam utilizar-se de refrigeradores, chopeiras e equipamentos apropriados.

Parece até intuitivo que a relação estabelecida entre o fabricante/distribuidor dos produtos e os varejistas é totalmente diferente daquela formada entre as concessionárias de serviços de comunicação e os consumidores finais dos serviços.

Aqui, a polaridade ativa da relação processual é ocupada por empresas prestadoras do serviço de telecomunicação, segmento altamente lucrativo e exercido com alta concentração no mercado, ante o vulto dos investimentos envolvidos e a tecnologia reclamada e, por tudo isso, igualmente sujeito a ampla regulação.

(...)

II - DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ: CONTROVÉRSIA SOLUCIONADA MEDIANTE A ANÁLISE DAS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. CONCLUSÃO DE QUE O COMODATO DOS TELEFONES CELULARES É ALHEIO ÀS ATIVIDADES DAS EMPRESAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL

Se o julgamento monocrático do recurso mostra-se absolutamente descabido no caso concreto, à míngua de autorização legal ou regimental para tanto, verdade é que nem mediante apreciação colegiada o agravo em recurso especial poderia ser conhecido.

A mera leitura do acórdão recorrido não permite dúvidas de que, na origem, realizou-se ampla análise do acervo fático carreado aos autos - e é oportuno destacar que o recurso é oriundo de ação ordinária, não de mandado de segurança -, para ao final se concluir que os aparelhos de telefone cedidos em comodato são alheios à atividade desenvolvida pelas recorrentes, ora agravadas.

(...)

Daí por que pertinentes os questionamentos: poderia esse Superior Tribunal de Justiça, na apreciação de agravo em recurso especial, inverter a conclusão alcançada na Corte Estadual, calcada na análise

do quadro fático dos autos, de que os aparelhos entregues em comodato a consumidores são alheios à atividade desenvolvida pelas empresas de telefonia? Pior, poderia chegar a conclusão diversa, mediante a simples comparação com casos que diziam com fabricante de sorvetes, fabricante de bebidas e/ou distribuidora de reagentes químicos? Por óbvio que não, e isso pela simples razão de que tal providência é vedada pela Súmula 7/STJ.

Com a devida vênia pela insistência, os ditos 'precedentes' sobre a matéria não guardam qualquer semelhança com a estratégia comercial desenvolvida pelas agravadas, empresas prestadoras de serviços de comunicação, consistente na entrega em comodato de aparelhos de telefone celular a alguns de seus consumidores.

Logo, não há como negar o manifesto equívoco de se ignorar os flagrantes óbices que se apresentavam ao conhecimento do agravo em recurso especial, para se alterar conclusão alcançada na origem para o caso de entrega de aparelhos de telefone em comodato por empresas prestadoras de serviços de comunicação e lhe dedicar solução outrora reservada por esse egrégio Superior Tribunal de Justiça a relações radicalmente diversas, envolvendo fabricante de sorvetes, fabricante de bebidas e/ou distribuidora de reagentes químicos.

Eis as razões pelas quais se requer a reconsideração ou a reforma da decisão agravada, para se reconhecer a incidência à espécie da Súmula 7/STJ e, com isso, não se conhecer do agravo em recurso especial.

III - DA NÃO DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDÊNCIA!.. RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL QUE IGNORAM AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO A IMPEDIR A APLICAÇÃO DE TESE JURÍDICA RESERVADA A SITUAÇÕES ABSOLUTAMENTE DISTINTAS

Por tudo o quanto até aqui exposto, não persiste sombra de dúvida de que as situações fáticas enfrentadas nos julgados anteriores desse Superior Tribunal de Justiça, invocados como 'precedentes', não guardam qualquer similitude com a controvérsia estabelecida nestes autos.

E as sociedades recorrentes, ora agravadas, não se desincumbiram do ônus - que era exclusivamente seu - de demonstrar o modo pelo qual a tese jurídica empregada na apreciação de relações envolvendo fabricante de sorvetes, fabricante de bebidas e/ou distribuidora de reagentes químicos e seus revendedores poderia servir à resolução da presente controvérsia, dizendo com grandes empresas prestadoras de serviços de comunicação e seus consumidores.

(...)

Mais uma vez, a hipótese aqui era de não conhecimento do agravo em

recurso especial, sentido no qual se requer a reconsideração ou a reforma da monocrática impugnada.

IV - DO DESPROVIMENTO DA PRETENSÃO RECURSAL DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS. CESSÃO DE APARELHOS TELEFÔNICOS EM COMODATO ALHEIA ÀS ATIVIDADES DAS EMPRESAS. MERAS ESTRATÉGIA COMERCIAL E POLÍTICA CONCORRENCIAL QUE NADA DIZEM COM O ATIVO FIXO

Consoante se depreende pelo que até aqui dito, trata-se de controvérsia acerca da possibilidade de creditamento de ICMS incidente na aquisição de aparelhos celulares alegadamente pertencentes ao ativo fixo das empresas recorrentes, entregues em comodato a alguns consumidores como parte da estratégia comercial das recorrentes, ora agravadas.

A tese das contribuintes anda no sentido de que os referidos aparelhos, cedidos em comodato a determinados consumidores, são necessários à prestação da sua atividade principal - serviço de telecomunicação móvel - o que, nos termos do artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96, possibilitaria o aproveitamento de créditos de ICMS, pois tais aparelhos integrariam o seu ativo permanente. Asseveram que a cessão dos referidos aparelhos aos clientes não implica em transferência de domínio, não ocorrendo, portanto, circulação jurídica do bem a determinar o estorno do crédito fiscal.

Afirmam, ainda, que a jurisprudência dessa egrégia Corte Superior acolhe o direito ao crédito de ICMS nas hipóteses de aquisição de bens para integrar o ativo fixo, posteriormente cedidos em comodato.

Não obstante a inegavelmente bem construída tese da parte adversa, não concorda o Estado com os pressupostos que lhe dão suporte, pelo que insiste na impossibilidade de creditamento, tal qual decidido com absoluto acerto no Tribunal *a quo*.

De plano, afasta-se a argumentação de que a operação em exame é imprescindível para a prestação do serviço ofertado pelas recorrentes, porquanto, ainda que o serviço seja prestado por meio de aparelho móvel, fato é que a entrega em comodato do telefone não é o único modo de viabilizar a telecomunicação celular, antes ao contrário.

A grande maioria dos usuários não é contemplada com a cessão de uso de aparelho para se utilizar dos serviços de telecomunicação, devendo adquirir o produto. Se as linhas telefônicas fornecidas pelas recorrentes podem operar com aparelhos celulares adquiridos no mercado - inclusive, das próprias requerentes -, não há como se aceitar que os aparelhos que entrega em comodato a alguns de seus clientes sejam, como aduz, 'indispensáveis à prestação dos serviços de telecomunicação móvel pessoal'.

Nessa esteira, cumpre frisar que tal operação de comodato de telefones

celulares faz parte de relação meramente colateral entre as operadoras e seus clientes - que o acórdão, em feliz expressão, denominou de atividade autônomo-relacionada (e-fl. 395) -, compondo estratégia de relacionamento, comercial ou de marketing, mas longe de ser imprescindível ao serviço.

(...)

A propósito, cabe apontar que esses mesmos aparelhos dados em comodato foram adquiridos inicialmente para revenda. Ainda que não se pretenda examinar fatos ou provas nessa seara, inegável que as próprias recorrentes o admitem, inclusive com o registro dos telefones celulares na conta contábil 'estoques'. Além de prestar serviços de comunicação móvel, as empresas também têm por objeto social comercializar os aparelhos de telefonia.

Somente *a posteriori* é que os telefones foram destinados à entrega gratuita, no regime de comodato, para parte da carteira de clientes das empresas. O que houve foi uma tentativa de transformar a mercadoria de seu estoque em bem do ativo imobilizado, justamente por cedê-lo a outrem (cliente), a título gratuito.

Ainda que a saída em regime de comodato não implique alteração de domínio, inegavelmente há a saída do bem, sem incidência do ICMS, o que atrai a vedação da utilização do crédito.

Assim, por qualquer ângulo que se enfrente a questão, fato é que os celulares oferecidos em comodato jamais responderam pela imprescindibilidade da prestação de serviços de comunicação móvel pelas operadoras agravadas, não integrando o seu ativo imobilizado.

Não é demais afirmar que apenas por força da particular interpretação dada à legislação tributária pelas recorrentes, ora agravadas, é que os celulares não comercializados passaram a integrar o ativo fixo ou permanente das empresas, mesmo quando escancarada a sua prescindibilidade à prestação do serviço.

Ainda que fosse possível considerar que os aparelhos celulares foram imobilizados de início, o certo é que, posteriormente, essa imobilização - assim entendida como o uso dos celulares no estabelecimento do sujeito passivo - se desfez, pelo menos para fins de crédito do ICMS. Os celulares passaram a cumprir atividade alheia ao estabelecimento (passaram a ser utilizados pelos clientes das operadoras).

Por ativo fixo entendem-se os bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da empresa, como, por exemplo, os equipamentos eletroeletrônicos que viabilizam a emissão das ondas eletromagnéticas, torres, antenas, etc., mas não os aparelhos celulares cedidos gratuitamente aos seus clientes.

E bem reconheceu o acórdão recorrido a tese fazendária, quando proveu a apelação do Estado sob o fundamento principal de que os

> aparelhos celulares cedidos em comodato são bens alheios à atividade do estabelecimento das empresas recorrentes.
> (...)
> É de se perguntar: se os celulares cedidos em comodato são essenciais à prestação de serviço de comunicações, e não alheios à atividade desenvolvida pelas ora agravadas, como tais serviços são prestados pelas mesmas empresas aos clientes não contemplados com tal cessão? Há uma inegável contradição na tese sustentada pelas recorrentes e, surpreendentemente, em que pesem todos os óbices incidentes sobre a pretensão, agasalhada pelo pronunciamento ora agravado.
> De todo o arrazoado, resta induvidoso que, na hipótese de se insistir no conhecimento do agravo e do recurso especial a que visa destrancar, seu desprovimento será providência de rigor, seja mediante a reconsideração da decisão unipessoal, seja por meio do provimento do presente agravo interno"(fls. 697/708e).

Ao final, formula os seguintes pedidos:

> "Ante todo o exposto, o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL requer seja o presente agravo interno conhecido e provido, em primeiro lugar, para tornar sem efeito a monocrática agravada, por não preenchidos os pressupostos autorizadores do art. 253, parágrafo único, II, c, do Regimento Interno do STJ para o julgamento monocrático do recurso e, em conseqüência, pautando-se o apelo para a necessária apreciação colegiada.
> Caso adotado entendimento contrário, postula seja o agravo interno conhecido e provido, com a reconsideração ou reforma da monocrática impugnada, ao efeito de não se conhecer do agravo em recurso especial, firme na Súmula 7/STJ e por não demonstrado o dissídio jurisprudencial.
> Em última hipótese, pede seja o agravo interno conhecido e provido, mediante a reconsideração ou reforma da monocrática impugnada, para se negar provimento ao agravo nos próprios autos e ao recurso especial interposto pela parte contrária" (fls. 708/709/e).

A parte agravada apresentou impugnação, pelo improvimento do recurso (fls. 714.732e).

É o relatório.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): A presente irresignação não merece acolhida.

Não obstante os argumentos da parte agravante, as razões deduzidas neste recurso não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Os autos informam que VIVO S/A – posteriormente sucedida pelas empresas ora agravadas – ajuizou demanda contra o Estado do Rio Grande do Sul, pretendendo a anulação de Auto de Lançamento por suposta apropriação indevida de créditos de ICMS, estes advindos da aquisição, para o ativo permanente da sociedade empresária, de aparelhos celulares, posteriormente cedidos, em comodato, para clientes que contrataram serviços de telefonia móvel, prestados pela empresa.

A sentença julgou procedente a demanda, nos seguintes termos:

> "VIVO S/A ajuizou Ação Ordinária em face do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pretendendo a anulação do Auto de Lançamento n. 0015151468.
> Alegou que tem por objeto social a prestação de serviços de telefonia móvel pessoa e, para viabilizar sua atividade empresarial, muitas vezes cede a seus clientes corporativos aparelhos de telefonia celular em regime de comodato, sendo que referidos bens integram seu ativo imobilizado e continuam sob sua propriedade. Disse que, no entanto, foi autuada pelo Fisco estadual sob a acusação de ter-se apropriado indevidamente de créditos de ICMS do ativo permanente advindos da aquisição de aparelhos de telefonia celular no período de janeiro a novembro de 2005, bem como de fevereiro e maio a outubro de 2006, uma vez que não realizou o estorno desses créditos após a remessa dos celulares aos clientes a título de comodato. (...) Assim, limitando-se ao período de fevereiro e maio a outubro de 2006, afirmou ter sido indevido o lançamento porque é legítima a tomada de créditos do ICMS pago na aquisição de ativo imobilizado, não sendo a simples remessa em comodato evento hábil a invalidá-lo. (...)
> O réu foi citado e apresentou contestação, afirmando que a comercialização de aparelhos celulares integra o objeto social da autora e, portanto, não se pode aceitar que a sua entrega em comodato a alguns clientes, como estratégia comercial, se preste a viabilizar sua atividade empresarial. Neste passo, sustentou que os bens cedidos em comodato não integram seu ativo imobilizado, no sentido correto da expressão. Ainda, argumentou que os equipamentos em discussão

entraram no estabelecimento da demandante na condição de mercadoria para fins de posterior comercialização e somente passaram a integrar seu ativo fixo ou permanente, conforme por ela entendido, quando saíram em regime de comodato para seus clientes. Também alegou que, mesmo que fosse admitido que os bens cedidos em comodato integram o ativo fixo da empresa autora, é fato inconteste que houve a saída destes bens em operação não tributada, o que por si só veda o creditamento, nos termos do artigo 20, §1º, da LC 87/96. Por fim, invocou o princípio da legalidade para defender a impossibilidade do pedido contido na inicial. Requereu a improcedência da demanda (fls. 233/242).

(...)

Inicialmente, cumpre observar que não há qualquer dúvida quanto ao fato de que o crédito tributário em análise surgiu do creditamento, pela autora, de ICMS recolhido na entrada de aparelhos de telefonia móvel que, posteriormente, foram entregues a clientes seus em regime de comodato. O demandado, e mesmo a autoridade fiscal no Auto de Lançamento, embora entendam indevido o creditamento, não contestam o fato de que este se baseou em operações de comodato, portanto isso não é algo que precise ser comprovado, não obstante assim tenha sido entendido em sede de cognição sumária, por ocasião da apreciação do pedido de tutela antecipada.

Dito isto, tenho que a ação merece prosperar.

É sabido que, com a vigência da LC 87/96, as mercadorias que entrarem no estabelecimento empresarial e forem destinadas ao ativo fixo da empresa dão a esta o direito de se creditar do ICMS recolhido quando da aquisição das mercadorias. É o que se depreende dos artigos 20, *caput*, e 33, III, do referido diploma legal – *verbis*:

> 'Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.'
>
> 'Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:
> […]
> III - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, nele entradas a partir da data da entrada desta Lei Complementar em vigor.'

Já o artigo 21, III, da mesma Lei, ressalva que, se o contribuinte vier a utilizar a mercadoria para fim alheio à atividade empresarial, impõe-se o estorno do imposto a que se tenha creditado.

No caso, é fato notório que a principal atividade desenvolvida pela autora é a prestação de serviços de telefonia móvel e que aparelhos celulares (independentemente da forma e local de aquisição) estão diretamente relacionados a essa atividade empresarial. Assim, é evidente que a entrega de aparelhos pela autora – seja a título gratuito ou oneroso – destina-se a viabilizar o serviço por ela prestado, de maneira que não se cogita, aqui, a incidência do artigo 21, III, da LC 87/96.

De igual maneira, independentemente de que forma tenham entrado as mercadorias no estabelecimento da demandante – se como produtos destinados a revenda ou não –, é certo (e prescinde de prova, como já visto no início desta decisão), que eles não foram revendidos, tampouco tiveram, a qualquer título, sua propriedade transferida. Os bens, como parte de estratégia comercial, foram entregues a clientes em comodato, operação que não caracteriza a circulação econômica e, por isto mesmo, não enseja o recolhimento de ICMS, conforme entendimento já sumulado no STJ.

Dessa forma, se a propriedade dos bens não foi transferida para estes, indubitavelmente, são os responsáveis por viabilizar a principal atividade empresarial da autora, não há dúvida de que integram, no caso, o seu ativo imobilizado, de modo que as operações em que foram adquiridos, por força dos dispositivos legais já mencionados, geram sim o direito a crédito.

Por outro lado, descabida a alegação de que, por não ser tributada a operação posterior (de 'saída' dos telefones do estabelecimento para os clientes, em regime de comodato), o creditamento é inviabilizado pelo que dispõe o §1º do artigo 20 da LC 87/96. Ora, se não há transferência da propriedade e o bem integra o ativo fixo da empresa, ou, em outras palavras, se não chega a ocorrer a circulação econômica (que é o objeto de incidência de ICMS), não há de se falar em 'operação de saída' não tributada, pois simplesmente não houve a pretensa operação, não ocorreu o fato gerador.

(...)

ISSO POSTO, julgo **procedente** o pedido deduzido na inicial para anular o Auto de Lançamento n.º 0015151468, desconstituindo o crédito tributário nele lançado, no que se refere à quantia já inscrita em dívida ativa" (fls. 299/303e).

Interposta Apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso, com base nos seguintes fundamentos:

> "2. **FATOS.** São incontroversos, haja vista a própria autora desistir de realizar provas (fl. 263), e estão assim resumidos no Anexo ao Auto de Lançamento nº 0015151468, de 20-12-2010, no valor de **R$14.989.206,51** (fls. 66-7):
>
> > Examinada a documentação disponibilizada pelo sujeito passivo, apuramos a ocorrência de escrituração e utilização de valores a título de crédito fiscal do ativo imobilizado/permanente originado de operações de remessa de aparelhos celulares em comodato, prática esta que encontra vedação na legislação tributária vigente.
> >
> > A inadmissibilidade do crédito fiscal apropriado pelo sujeito passivo, tomando os fatos como se apresentam, determinou a análise dentro do seguinte ordenamento.
> >
> > Iniciemos pelo procedimento adotado no que tange aos aparelhos celulares, objeto dos contratos de comodato, fulcro do exame fiscal ora proposto que, em substrato, foi assim descrito: **adquire os aparelhos celulares para revenda** e escritura em seu livro de entrada o ICMS destacado na 1ª Via da Nota Fiscal emitida pelo fornecedor. Em momento posterior, decide **transpor seu estoque de mercadorias para ingresso no ativo imobilizado que, de forma simultânea, são destinados em comodato aos seus clientes.** (grifos do original).
> >
> > A saída dos aparelhos celulares em comodato é documentada por Nota Fiscal sem destaque do ICMS que gera, por consequência, o estorno do crédito anteriormente apropriado, assim como o lançamento do débito referente ao diferencial de alíquota quando aplicável.
>
> Noutras palavras, quando a autora compra aparelhos celulares **para revender** aos seus clientes que consomem os seus serviços de telefonia móvel, não há dúvida de que faz jus ao creditamento do ICMS pago na operação de entrada.
>
> Porém, segundo o Fisco, a tal não faz jus quando, em vez da revenda, realiza **comodato**, isto é, cede gratuitamente o aparelho ao cliente, a fim de que este utilize onerosamente os serviços de telefonia. Quando tal ocorre – sustenta –, a empresa converte **mercadorias** em **ativo permanente**, quer dizer, converte produtos comprados para revender, e por isso **mercadorias**, em produtos comprados para integrar o ativo permanente, e por isso **bens**. Em suma: **converte mercadorias em bens**.
>
> A inexistência do direito de apropriação do ICMS pago sobre os

aparelhos nas operações de entrada, convertidos em **ativo permanente** e cedidos **em comodato**, está em que são **bens alheios** à atividade do estabelecimento, portanto, o crédito deve ser estornado, *rectius*, anulado.

Como a autora não fez isso, houve o Auto de Lançamento pela utilização indevida, e nisto repousa toda a controvérsia do processo.

(...)

5. **CREDITAMENTO DO ICMS SOBRE OS BENS DO ATIVO PERMANENTE.** Considerando que os bens do ativo permanente ou ativo imobilizado só se integram **simbolicamente** às operações de saída, cumpre verificar se há previsão infraconstitucional ao creditamento.

Nesse sentido, a LC 87, de 13-9-96, estabelece no art. 20 a possibilidade de creditamento do ICMS cobrado '*em operações de que tenha resultado a* ***entrada*** *de mercadoria, real ou simbólica,* ***no estabelecimento****, inclusive a destinada ao* ***uso ou consumo ou ao ativo permanente****, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.'*

Porém, o § 1º faz exclusões, dizendo: '*Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas,* ***ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.***'

(...)

6. **BENS ALHEIOS À ATIVIDADE.** Verificado que a empresa tem direito de se creditar do ICMS sobre os bens do ativo permanente, sendo a partir da LC 102/2000, à base de 1/48 (um quarenta e oito avos), desde que, conforme diz o § 1º do art. 20 da LC 87/96, não sejam **alheios** à atividade do estabelecimento, cumpre verificar se no caso há a excludente, o que define a sorte do Auto de Lançamento.

Pois bem.

O que significa bens **alheios** à atividade? Ou, invertendo a pergunta, o que significa bens **não alheios** à atividade? Não há dúvida de que os **não alheios** são os **vinculados à atividade**, isto é, inerentes, necessários, imprescindíveis, enquanto os **alheios** são os apenas **relacionados à atividade**, isto é, dispensáveis, prescindíveis.

Ora, no caso em julgamento, ainda que o consumo do serviço de telefonia, na modalidade móvel, tenha como suporte material o dito **celular**, o aparelho em si é alheio à atividade, não é vinculado a ela, tanto assim que a autora compra o aparelho para revendê-lo ou dá-lo em comodato. Não é inerente ao serviço de telefonia em si, haja vista nada obstar o consumidor comprá-lo em operação autônoma no mercado e fazer a habilitação para utilizar o serviço.

Não se trata, pois, de atividade-meio, e sim autônoma-relacionada –

portanto, **alheia à atividade do estabelecimento** –, assim como explicitou o § 2º em relação aos veículos de transporte pessoal.

Peço vênia para transcrever passagem da apelação, na qual o ilustre patrono diz o seguinte (fls. 237v.-8):

> Então, se as linhas telefônicas fornecidas pela autora podem operar com aparelhos adquiridos no mercado – inclusive da própria – não há como se aceitar que os aparelhos que entrega em comodato a alguns de seus clientes são '*indispensáveis à prestação dos serviços de telecomunicação móvel pessoal*'.
>
> São quando muito **úteis** e se prestam mais à estratégia comercial, de mercado da autora. Portanto, não se '*destinam à realização de seu objeto social*' porque, se de fato consta no seu estatuto, como um dos seus vários objetos '*dar em comodato aparelhos telefônicos*', óbvio que tal alusão é mais indicação permissiva a seus administradores do que indicação de vocação empresarial, porque não é preciso ser dotado de grande tirocínio para se intuir que nenhuma empresa com fins lucrativos pode ter como objeto social emprestar a título gratuito bens de consumo a terceiros!

Diz ainda a apelação (fl. 238): '*... se de fato o aparelho de telefonia celular é essencial para o cliente de serviço de telefonia usufruir destes serviços, não se discute que também o aparelho de TV é essencial para o usuário dos serviços de televisão paga desfrute da programação ofertada pelas operadoras destes serviços. Contudo, ninguém validamente pode cogitar que é imprescindível, essencial ao seu objeto social que elas entreguem em regime de comodato a seus clientes aparelhos de televisão.*'

A autora invoca repetidamente precedentes do STJ, por exemplo, o que diz o seguinte:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA QUE SE DEDICA À PRODUÇÃO E AO COMÉRCIO DE CERVEJAS, REFRIGERANTES, BEBIDAS EM GERAL E GÁS CARBÔNICO. AQUISIÇÃO DE BENS QUE SE DESTINAM À ATIVIDADE PROFISSIONAL DA EMPRESA. DIREITO AO CREDITAMENTO. CONVERSÃO EM RENDA DO DEPÓSITO RECURSAL EFETUADA EM MANIFESTA ILEGALIDADE. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO.
>
> **1.** A partir da vigência da LC 87/96, as mercadorias entradas no estabelecimento e destinadas ao ativo permanente dão direito de crédito do ICMS (art. 20, c/c o art. 33, III, da LC 87/96) incidente na operação de aquisição, impondo-se o estorno do imposto de que se tiver creditado o contribuinte sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser utilizado em **fim alheio à atividade do estabelecimento** (art. 21, III, da LC

> 87/96). Por outro lado, é incontroverso que a impetrante é empresa que se dedica à produção e ao comércio de cervejas, refrigerantes, bebidas em geral e gás carbônico. Nesse contexto, é evidente que as mercadorias em discussão – vitrines, chopeiras, freezer expositores, mesas e cadeiras – destinam-se à atividade profissional da empresa. Cumpre acrescentar que o fato de os bens em discussão serem objeto de **contratos de comodato realizados com terceiros (revendedores) não implica óbice ao creditamento do ICMS.** (grifos apostos).
>
> 2. (*Omissis*).
>
> 3. (*Omissis*).
>
> 4. Recurso ordinário provido.
>
> (RMS nº 24911-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, em 26-6-12, DJe de 6-8-12).

Diz a autora que '*Analogicamente, os freezers ou chopeiras são os celulares cedidos em comodato pela empresa VIVO aos seus clientes, para que possam receber o sinal de telecomunicação por ela fornecido.*' (fl. 321).

Porém, com a devida vênia, outro é o clichê fático *sub judice*.

No caso do fabricante de cerveja e bebidas em geral que cede em comodato, mesas, cadeiras, chopeiras, etc., tal ocorre para que os **comodatários** possam exercer a **atividade de revenda**, isto é, consoante diz a ementa, eles são **revendedores**. Relativamente a eles, tais equipamentos são meio para a atividade-fim, que é a **revenda das bebidas**.

Já no comodato de celulares, os comodatários são **consumidores**, **não revendedores**.

7. DISPOSITIVO. Nesses termos, provejo a apelação, prejudicado o reexame necessário conhecido de ofício, a fim de julgar improcedente o pedido, invertida a sucumbência, atualizados os honorários advocatícios pelo IGP-M desde a sentença, mais juros moratórios mensais de 1% a partir do prazo para pagamento espontâneo (CPC, art. 475-J)' (fls. 389/397e).

Nesse contexto, a controvérsia em análise cinge-se à possibilidade de utilização de créditos de ICMS resultantes da compra de aparelhos celulares, destinados ao ativo permanente da empresa agravada, ainda que posteriormente cedidos, em comodato, a clientes do serviço de telefonia móvel.

Dispõe a LC 87/96, ao tratar do ICMS:

> "Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação

com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Art. 20. **Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente**, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º **Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços** resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou **que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento**."

Com base nos dispositivos acima, o Tribunal de origem, reformando a sentença, entendeu que a autora, ora agravada, não poderia ser beneficiada pelos créditos de ICMS relacionados à aquisição, para o ativo permanente, de aparelhos celulares posteriormente cedidos a clientes, em comodato, ao fundamento de que tais aparelhos seriam alheios à atividade desenvolvida pelas empresas, qual seja, a prestação de serviços de telefonia móvel.

Este entendimento, no entanto, está em desacordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Como dito, o ICMS cobrado na operação que deu ensejo à inclusão da mercadoria no ativo permanente da empresa pode ser utilizado como crédito, pelo sujeito passivo, desde que não resulte de operações isentas ou não tributadas, ou que os produtos em questão não sejam alheios à atividade prestada, hipótese não configurada, no caso de aparelhos celulares incluídos no ativo permanente de empresas que prestam serviços de telefonia celular.

Deve-se ressaltar, outrossim, que a cessão dos celulares em questão, em comodato, a clientes das empresas de telefonia, não impede a utilização do crédito tributário de ICMS, porquanto não há efetiva circulação da mercadoria, permanecendo os bens no ativo da sociedade empresária.

Cabe ressaltar, a propósito, o teor da Súmula 573/STF: "Não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato".

Na forma da jurisprudência, podem ser objeto de creditamento de ICMS os bens adquiridos com a finalidade de integrar o ativo permanente da sociedade empresária, ainda que posteriormente sejam cedidos, a terceiros, em regime de comodato, desde que se refiram a mercadorias ou serviços inerentes à atividade do estabelecimento.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE

SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA QUE SE DEDICA À PRODUÇÃO E AO COMÉRCIO DE CERVEJAS, REFRIGERANTES, BEBIDAS EM GERAL E GÁS CARBÔNICO. AQUISIÇÃO DE BENS QUE SE DESTINAM À ATIVIDADE PROFISSIONAL DA EMPRESA. DIREITO AO CREDITAMENTO. CONVERSÃO EM RENDA DO DEPÓSITO RECURSAL EFETUADA EM MANIFESTA ILEGALIDADE. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO.

1. **A partir da vigência da LC 87/96, as mercadorias entradas no estabelecimento e destinadas ao ativo permanente dão direito de crédito do ICMS (art. 20, c/c o art. 33, III, da LC 87/96) incidente na operação de aquisição, impondo-se o estorno do imposto de que se tiver creditado o contribuinte sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser utilizado em fim alheio à atividade do estabelecimento (art. 21, III, da LC 87/96).**

Por outro lado, é incontroverso que a impetrante é empresa que se dedica à produção e ao comércio de cervejas, refrigerantes, bebidas em geral e gás carbônico. Nesse contexto, é evidente que as mercadorias em discussão vitrines, chopeiras, freezer expositores, mesas e cadeiras destinam-se à atividade profissional da empresa.

Cumpre acrescentar que o fato de os bens em discussão serem objeto de contratos de comodato realizados com terceiros (revendedores) não implica óbice ao creditamento do ICMS.

2. No que se refere à alegada ilegalidade da execução da garantia do depósito recursal, também assiste razão à impetrante. Conforme ressaltado pelo Tribunal de origem, no acórdão proferido em sede de embargos de declaração, 'de acordo com o art. 250, § 5º, b, do Decreto-Lei nº 5/75, a conversão do depósito recursal em receita estadual somente pode ser efetuada após a ciência do contribuinte da decisão administrativa de indeferimento proferida pelo Secretário Estadual de Fazenda, sendo que os arts. 35 e 37 do Decreto Estadual nº 2.473 determinam que tal ocorra pessoalmente'. Não obstante a exigência prevista na legislação estadual, a execução da carta de fiança bancária ocorreu em 13 de junho de 2003, havendo a cientificação da impetrante tão somente em 8 de junho de 2006. Nesse contexto, verifica-se que a apropriação do valor relativo ao depósito recursal (execução da carta de fiança bancária), ocorreu em manifesta ilegalidade, pois, como mencionado, a cientificação do contribuinte ocorreu em momento posterior à execução da garantia, em desrespeito à legislação estadual. Ao contrário do que entendeu o Tribunal de origem, a impetração do presente mandamus não supera nem convalida a ilegalidade perpetrada.

3. Como bem observado pelo Ministério Público Federal, 'os bens adquiridos (chopeira, expositor etc.), destinados ao ativo permanente da recorrente, estão diretamente relacionados com a sua atividade-fim (produção e comércio de cervejas, refrigerantes, bebidas em geral, gelo e gás carbônico e produção e comércio de matérias-primas e materiais diversos, aparelhos, máquinas, equipamentos e tudo mais que seja necessário ou útil às suas atividades) e são necessários para a continuidade da empresa', razão pela qual 'deve ser reconhecido o seu direito ao crédito relativo à entrada das referidas mercadorias, conforme previsto nos arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 33, § 3º, da Lei Estadual nº 2.657/96 e, por conseguinte, à restituição dos valores da garantia do depósito recursal, indevidamente convertido em renda'.
4. Recurso ordinário provido" (STJ, RMS 24.911/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 06/08/2012)

"TRIBUTÁRIO. **ICMS. BENS IMPORTADOS. ATIVO PERMANENTE. DIREITO AO CREDITAMENTO. CESSÃO EM COMODATO A TERCEIROS. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DO DEVER DE ESTORNAR. AUTUAÇÃO FISCAL IMPROCEDENTE.**
1. **Hipótese em que se discute se existe o dever de o contribuinte estornar crédito de ICMS apurado na importação de bem para o ativo permanente, cedido em comodato a terceiro.**
2. **Os arts. 20, § 3°, I, e 21, I, da LC 87/1996 se complementam. O primeiro autoriza o creditamento do imposto cobrado na operação que tenha resultado a entrada de mercadoria no estabelecimento, mesmo a destinada ao ativo permanente (caso dos autos), mas excepciona a hipótese em que a saída subsequente não for tributada ou estiver isenta. O segundo impõe ao contribuinte o dever de estornar o ICMS creditado, se incidir essa regra excepcional, isto é, quando o próprio creditamento for vedado.**
3. Se os equipamentos são cedidos em comodato, não se pode falar em 'saída', sob a perspectiva da legislação do ICMS, entendida como circulação de mercadoria com transferência de propriedade. Nesse caso, os bens não deixam de integrar o patrimônio do contribuinte.
4. Portanto, a hipótese dos autos não se subsume aos arts. 20, § 3°, I, e 21, I, da LC 87/1996, o que permite a conclusão pela possibilidade de manutenção do crédito de ICMS. Se não havia o dever de estornar, afigura-se indevida a autuação. No mesmo sentido: RMS 24.911/RJ,

> Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6/8/2012.
> 5. Recurso Especial provido" (STJ, REsp 1.307.876/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/02/2013).
>
> "RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. **ICMS. COMODATO. NÃO-CONSTITUIÇÃO DO FATO GERADOR. BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. CREDITAMENTO. ESTORNO. DESCABIMENTO.**
> 1. **'Não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato'. (Súmula 573/STF).**
> 2. Deveras, a transferência de bens do ativo permanente, no âmbito da mesma empresa, não constitui fato gerador do ICMS, sendo indevido o crédito relativos a eles.
> 3. Consoante a Súmula do Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência do Eg. STJ, o pleito da parte é não ser instada a estornar, exatamente porque aquilo não gera o crédito que imporia, por força do princípio da cumulatividade, a compensação da operação subseqüente.
> 4. Recurso Especial parcialmente conhecido, e provido" (STJ, REsp 791.491/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe de 07/11/2006).

O agravante defende o não cabimento de decisão monocrática, sob a seguinte alegação, no que interessa:

> "Não é necessário maior esforço para se concluir, com segurança, que os julgados chamados à colação não tratam da mesma hipótese. Naqueles, integravam a discussão uma fabricante de sorvetes, uma fabricante de bebidas e/ou uma distribuidora de reagentes químicos. No caso, ao distribuírem seus produtos (sorvetes, bebidas, reagentes) no atacado para que seus clientes/varejistas (que recebem os bens em comodato) os revendam aos consumidores finais, os fornecedores necessitam utilizar-se de refrigeradores, chopeiras e equipamentos apropriados.
> Parece até intuitivo que a relação estabelecida entre o fabricante/distribuidor dos produtos e os varejistas é totalmente diferente daquela formada entre as concessionárias de serviços de comunicação e os consumidores finais dos serviços.
> Aqui, a polaridade ativa da relação processual é ocupada por empresas prestadoras do serviço de telecomunicação, segmento altamente lucrativo e exercido com alta concentração no mercado, ante o vulto dos investimentos envolvidos e a tecnologia reclamada e, por tudo isso, igualmente sujeito a ampla regulação" (fl. 700e).

Ressalte-se que a questão ora controvertida possui entendimento dominante nesta Corte, fato que autoriza a apreciação monocrática do apelo, nos termos da Súmula 568 do STJ ("O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema") e do art. 253, parágrafo único, II, **c**, do RISTJ.

Ademais, esta Corte, ao proceder à interpretação do art. 557 do CPC/73, firmou o entendimento de que, já tendo sido julgada a matéria, pelo STJ, em vários precedentes, é atribuída ao Relator a apreciação monocrática do Recurso Especial. Ademais, tem-se que, na forma da jurisprudência desta Corte, o posterior julgamento do recurso, pelo órgão colegiado, na via do Agravo Regimental ou interno, tem o condão de sanar qualquer eventual má aplicação da regra contida no citado dispositivo.

Nesse sentido:

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE.
> 1. **A confirmação de decisão unipessoal do Relator pelo órgão colegiado sana eventual violação ao art. 557 do CPC.**
> 2. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.
> 3. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.
> 4. Agravo não provido" (STJ, AgRg no AREsp 494.663/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 09/06/2014).
>
> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. PRELIMINAR. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. ARTIGO 557 DO CPC.
> 1. **Pacífica a jurisprudência de todas as Turmas deste Tribunal Superior no sentido de que o julgamento pelo órgão colegiado via agravo regimental convalida eventual ofensa ao art. 557, caput, do CPC alegadamente verificada na decisão monocrática.**
> 2. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS" (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.188.501/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe de 10/03/2014).

Esse mesmo entendimento, aplica-se, **mutatis mutandis**, à sistemática advinda com o novo Código de Processo Civil, razão pela qual não há como se vislumbrar a ocorrência de afronta ao art. 932 do CPC/2015, em face do disposto no enunciado da Súmula 568/STJ e no art. 253, parágrafo único, II, **c**, do RISTJ.

Em relação ao argumento da parte agravante, no sentido de que os julgados invocados seriam inaplicáveis, por tratarem de hipótese diversa da discutida nos presentes autos, cabe registrar que não é o ramo de atividade da sociedade empresária que, nos termos da lei, autoriza ou não o creditamento de ICMS.

A tese adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir da interpretação conferida à legislação de regência, conforme os julgados acima transcritos, é a de que podem ser objeto de creditamento de ICMS os bens adquiridos com a finalidade de integrar o ativo permanente, ainda que posteriormente sejam cedidos a terceiros, em regime de comodato, desde que se refiram a mercadorias ou serviços inerentes à atividade do estabelecimento.

Nesse contexto, para fins do creditamento em discussão, basta tão somente o preenchimento desses requisitos, previstos na lei federal de regência.

Como efeito, exigir julgados específicos, em relação a cada ramo de atividade, a fim de autorizar a prolação de decisão monocrática a respeito da matéria em debate, constitui objeção que não condiz com o exercício da atividade jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, encarregado constitucionalmente de, em Recurso Especial, uniformizar a interpretação em torno do direito federal.

Assim como ocorrera nos julgados que conferem suporte à decisão recorrida, a empresa ora agravada – que, no caso, tem por objeto social a prestação de serviços de telefonia móvel pessoal – adquiriu bens, para seu ativo permanente – aparelhos celulares –, que foram cedidos, em regime de comodato, a determinados clientes corporativos, em conformidade com sua conveniência comercial.

Essa operação, conforme afirmado nos julgados referidos na decisão agravada, não enseja transferência de propriedade, assim como não caracteriza circulação econômica de mercadoria, a ensejar recolhimento de ICMS.

Por fim, cabe registrar que os bens cedidos relacionam-se diretamente com a atividade desenvolvida. De fato, prescinde do reexame de provas, a atrair o óbice da Súmula 7/STJ, concluir, na presente hipótese, que os aparelhos celulares cedidos relacionam-se com a prestação de serviços de telecomunicações, tal como demonstrado pela sentença.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

AgInt no
Número Registro: 2015/0178242-5 **AREsp 748.359 / RS**

Números Origem: 00111200137176 00167596020128210001 02251755120138217000 111200137176
70052110952 70055005482 70063041768

PAUTA: 07/11/2017 JULGADO: 07/11/2017

Relatora
Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão
Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO

Secretária
Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	TELEFÔNICA BRASIL S.A
ADVOGADOS	:	CLAUDIO LEITE PIMENTEL - RS019507
		SACHA CALMON NAVARRO COELHO - MG009007
AGRAVANTE	:	TELEFONICA DATA S/A
ADVOGADOS	:	CLAUDIO LEITE PIMENTEL - RS019507
		SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S) - MG009007
		DEISE GALVAN BOESSIO - RS037736
AGRAVADO	:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR	:	MARCOS ANTÔNIO MIOLA E OUTRO(S) - RS028984

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE	:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR	:	MARCOS ANTÔNIO MIOLA E OUTRO(S) - RS028984
AGRAVADO	:	TELEFÔNICA BRASIL S.A
ADVOGADOS	:	CLAUDIO LEITE PIMENTEL - RS019507
		SACHA CALMON NAVARRO COELHO - MG009007
AGRAVADO	:	TELEFONICA DATA S/A
ADVOGADOS	:	CLAUDIO LEITE PIMENTEL - RS019507
		SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S) - MG009007
		DEISE GALVAN BOESSIO - RS037736

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto

do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.