



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 1956/2019 – AJC/SGJ/PGR
Sistema Único nº 210237/2019

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.141.756

RECORRENTES: Estado do Rio Grande do Sul
Telefônica Brasil S.A.
Telefônica Data S.A.

RECORRIDOS: Os mesmos

RELATOR: Ministro Marco Aurélio

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CREDITAMENTO DE ICMS EM RAZÃO DA ENTRADA DE APARELHOS CELULARES EM ATIVO IMOBILIZADO DA EMPRESA E POSTERIORMENTE CEDIDOS A TÍTULO DE COMODATO A CLIENTES.

1. Recurso Extraordinário *leading case* do tema 1.052 da sistemática da repercussão geral: “Possibilidade de creditamento de ICMS cobrado em operação de entrada de aparelhos celulares em empresa prestadora de serviço de telefonia móvel, posteriormente cedidos, mediante comodato, a clientes”.

2. Proposta de tese de repercussão geral: Não é possível o creditamento de ICMS cobrado em operação de entrada de aparelhos celulares em empresa prestadora de serviço de telefonia móvel, posteriormente cedidos a clientes, porquanto não se trata, verdadeiramente, de comodato.

– Parecer pelo provimento do recurso extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul e pelo desprovimento do recurso extraordinário da Telefônica Brasil S/A e Telefônica Data S.A.

I

Trata-se de recursos extraordinários interpostos pelo Estado do Rio Grande do Sul e pelas empresas Telefônica Brasil S.A. e Telefônica Data S.A. contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no RESP 748.359/RS, que reconheceu a possibilidade de creditamento de ICMS em relação a aparelhos celulares adquiridos como ativo imobilizado da empresa, e posteriormente cedidos a título de comodato, a clientes das empresas de telefonia.

O acórdão recorrido tem o seguinte teor:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO 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 jul-

gamento 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.

Em breve relato dos autos, verifica-se que a empresa VIVO S/A – posteriormente sucedida pelas empresas Telefônica Brasil S.A. e Telefônica Data S.A. –, ajuizou ação ordinária com a finalidade de buscar o reconhecimento da nulidade do auto de lançamento lavrado contra si, em razão da suposta apropriação indevida de créditos fiscais de ICMS.

As empresas prestadoras de serviços de telefonia entendem legítimo o crédito de ICMS sobre bens (aparelhos telefônicos móveis – celulares) de seu ativo permanente cedidos em comodato a terceiros, com o intuito de viabilizar sua atividade empresarial.

O juízo de primeiro grau acolheu o pedido autoral, mas a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reformou a sentença e declarou a improcedência da ação anulatória, assentando a impossibilidade de creditamento do ICMS nas operações sob comento. O fundamento é o de que os bens cedidos em comodato seriam alheios à atividade do estabelecimento, o que tornaria legítima a cobrança da exação e, por consequência, não permitiria o aproveitamento dos créditos do ICMS incidente das operações anteriores.

No entanto, ao dar provimento ao recurso especial interposto pela Vivo S/A, o Superior Tribunal de Justiça consignou que *“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”*.

Contra esse acórdão, interpuseram-se os presentes recursos extraordinários, nos quais o STF reconheceu a repercussão geral da matéria, nos seguintes termos: *“Possibilidade de creditamento de ICMS cobrado em operação de entrada de aparelhos celulares em empresa prestadora de serviço de telefonia móvel, posteriormente cedidos, mediante comodato, a clientes”* (Tema nº 1052 da Repercussão Geral).

Em suas razões recursais, o ente estatal alega que o acórdão do STJ não deu a melhor interpretação às regras do art. 155-II-§ 2º, I e II-*a* e *b* e XII da Constituição ao con-

cluir que a aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado da sociedade empresária, cedidos com comodato a terceiros, daria direito ao respectivo crédito fiscal de ICMS.

Neste ponto, sustenta que a legislação de regência do ICMS (Lei Complementar 87/96), em consonância com o art. 155 da CF, não admite o creditamento indiscriminado do imposto. Salieta que a Carta Magna estabelece apenas a não-cumulatividade para o ICMS, delegando à legislação infraconstitucional a regulamentação do tema, a qual, por sua vez, concretizada na citada LC 87/96, veda o crédito do ICMS quando a operação (de entrada e saída de bens) estiver ao abrigo da isenção ou da não tributação, quando ocorre a entrada de mercadoria alheia à atividade do estabelecimento e quando determina o aproveitamento de forma fracionada do crédito decorrente de aquisições para o ativo permanente.

Assevera que esses limites impostos pela LC 87/96 foram incorporados à legislação local, o que justificou a glosa dos créditos pela Fazenda Estadual e o consequente auto de lançamento de tributo em debate aqui neste feito.

Sustenta que, no presente caso, a empresa não tem direito ao aproveitamento do crédito fiscal do ICMS porquanto trata-se de aquisições de aparelhos celulares cedidos em comodato a alguns clientes dos serviços de comunicação. Tais mercadorias não são essenciais à consecução do objetivo econômico da empresa, nem são utilizadas no processo de produção, não podendo, portanto, justificar o aproveitamento do correspondente crédito fiscal pelas empresas.

A esse respeito, justifica:

Assim, considerando o fato de que não é condição indispensável à prestação de serviços de comunicação o fornecimento de aparelhos celulares – tanto que, como reconhecido nos pronunciamentos judiciais até aqui exarados, são fornecidos a um número restrito dos clientes dos serviços de comunicação prestados pela recorrida –, referidos bens são quando muito úteis e se prestam apenas à estratégia comercial de mercado da sociedade empresária recorrida. Contudo, a definição de utilidade do bem, como já claramente visto, não determina a compensabilidade no regime do ICMS, muito menos define se um bem integra o ativo fixo de uma empresa.

Os bens do ativo permanente só geram direito a crédito para fins de estímulo, da modernização dos bens de capital e a partir da ficção que integram o produto final. Bem por isso os limites estabelecidos para o creditamento relativamente a tais bens devem ser fielmente observados, inclusive o já antes citado § 1º do artigo 20 da LC nº 87/96, que veda o crédito relativo a bens que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

É incontroverso que aparelhos celulares cedidos em comodato para uma ínfima parcela de clientes da parte autora/recorrida não são necessários para viabilizar sua atividade empresarial, e nem se destinam à realização de seu objeto social. Trata-se, tão só, de estratégia empresarial, para angariar mercado oferecendo vantagens especiais aos adquirentes (cujo custo, por pressuposto, engloba a venda de mercadorias) (fls. 822).

Já em seu recurso, a Telefônica Brasil S/A e Telefônica Data S/A defendem que *“a correta aplicação do direito de creditamento no ICMS atende o princípio da não-cumulatividade, o qual possui assento no artigo 155, § 2º, I, da Constituição da República”*. Prosseguem afirmando que *“o aproveitamento de crédito pela entrada de bens no ativo imobilizado do contribuinte também encontra fundamento no artigo 155, § 2º, I, do Diploma Constitucional, estando qualquer tentativa de limitar o alcance da não-cumulatividade inquinada de inconstitucionalidade”*.

Argumentam que *“a possibilidade de os clientes das Recorrentes poderem adquirir os aparelhos celulares da maneira que lhes aprouverem 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 de tecnologias, faculta ao usuário o poder de escolha de seu celular, em conformidade com os seus gostos, custos e interesses privados”*.

Asseveram quem *“o fato de determinado ativo imobilizado cedido pela empresa a seu cliente a título de comodato estar à venda no mercado” não é “elemento hábil a descharacterizar a essencialidade deste, conforme prevista na lei complementar, para viabilizar a prestação do serviço de telecomunicação”*.

Estes os fatos de interesse.

II

O tema trazido à apreciação na sistemática da repercussão geral é acerca da possibilidade de creditamento de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, cobrado em operação de que tenha resultado a entrada de aparelho celular no estabelecimento

de empresa prestadora de serviços de telefonia móvel, posteriormente convertido em ativo permanente e cedido a cliente em comodato.

Uma das características mais marcantes do ICMS é o fato de ele incidir sobre todas as etapas do processo econômico de circulação de mercadorias. Isso faz com que esse tributo propicie uma das maiores rendas tributárias para os cofres públicos, o que realça a importância do tema sob debate.

A esse respeito, preleciona o Prof. Sacha Calmon:

A alta produtividade de um A alta produtividade de um tributo que incide em todas as etapas em que há efetiva operação de circulação, sem exclusão de nenhuma delas, a homogeneidade na incidência sem distorções desequilibradas na formação dos preços e os interesses dos fiscos envolvidos foram as razões que prevaleceram, ditando a adoção de um tributo plurifásico amplo, tanto na União Europeia como na América Latina, depois imitada por países nos demais continentes. A limitação do imposto às fábricas ou às vendas até o atacado, por exemplo, simplificaria o tributo e facilitaria a fiscalização contra a evasão, mas colheria a mercadoria sem agregação da mais-valia subsequente, de modo que a incidência não alcançaria o maior preço ou o maior valor do bem no mercado. Por sua vez, a incidência única nas vendas de varejo tem os altos inconvenientes de facilitar a evasão, retardar o recolhimento do imposto para os fiscos e, finalmente, agregar cumulatividade residual de difícil eliminação.¹

Além disso, é um tributo que, apesar de inserido na competência estadual, apresenta reflexos além-fronteiras, sejam essas internas ou externas, o que incrementa a sua já elevada complexidade.

Exatamente pela relevância e pela fundamentalidade da matéria ora posta sob exame é que se impõe a correta e precisa delimitação da questão constitucional em relação a qual o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar.

Segundo o texto constitucional, uma das hipóteses de incidência do ICMS é quando há a circulação de mercadorias:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

1 COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 16ª ed. Rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book. ISBN 978-85-309-7992-8. Disponível em MPF <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>> Acesso em 02/07/2019.

O termo “*circulação de mercadorias*”, previsto na norma constitucional, deve ser compreendido em um sentido econômico e jurídico. Em termos gerais, sob o aspecto econômico, a circulação significa a transferência de riqueza. E sob o viés jurídico, a circulação pressupõe a transferência de titularidade. Fixadas essas premissas, não se vislumbra hipótese de incidência do ICMS quando inexistente a circulação econômica e jurídica do bem.

A esse respeito, tanto o STF quanto o STJ já manifestaram-se por diversas vezes, sempre reforçando o entendimento de que a incidência do tributo estaria ligada à circulação da mercadoria. E ao fazer um apanhado das decisões mais importantes a esse respeito, Leandro Paulsen² assim sintetizou o pensamento das Cortes Superiores sobre a questão:

Operações são negócios jurídicos; circulação é a transferência de titularidade, e não apenas movimentação física; mercadorias são bens objeto de comércio.

Por isso, o STF já reconheceu que: “O simples deslocamento de coisas de um estabelecimento para outro, sem transferência de propriedade, não gera direito à cobrança de ICM. O emprego da expressão 'operações', bem como a designação do imposto, no que consagra o vocábulo 'mercadoria', são conducentes à premissa de que deve haver o envolvimento de ato mercantil e esse não ocorre quando o produtor simplesmente movimenta frangos, de um estabelecimento a outro, para simples pesagem”. Ainda conforme o STF: “A não incidência do imposto deriva da inexistência de operação ou negócio mercantil, havendo, tão somente, deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro, ambos do mesmo dono, não traduzindo, desta forma, fato gerador capaz de desencadear a cobrança do imposto”. Em outro acórdão, a questão está igualmente clara: “O ICMS não incide no simples deslocamento da mercadoria entre estabelecimentos de uma mesma empresa”. Veja-se, ainda, a Súmula 573 do STF: “Não constitui fato gerador do Imposto de Circulação de Mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato”. Também o STJ consolidou posição nesse sentido através da Súmula 166: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”. Há precedente em sede de repetitivo, tornando fora de dúvida que: “O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto para a ocorrência do fato impositivo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade”, “A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade”. Vale destacar, ainda, que não importa, no caso, que o deslocamento físico seja interno ou interestadual; de qualquer modo, tratando-se de deslocamento de mercadoria entre estabelecimentos de uma mesma empresa, não é devido o imposto.

2 PAULSEN, L. Curso de Direito Tributário Completo. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-Book. ISBN 9788547230944. Disponível em MPF <<https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/main>>. Acesso em 01/07/2019.

A *contrariu sensu*, conclui-se que, havendo a circulação de mercadoria em hipótese de incidência do tributo, não há direito ao creditamento do ICMS, sendo devida a exação.

Mas impõe-se esclarecer que o direito de crédito de ICMS pressupõe uma posterior saída da mercadoria ou do serviço em hipótese de incidência do imposto, operação essa que deve ser tributada. O crédito do imposto condiciona-se, portanto, a uma operação subsequente em que haja a incidência do ICMS. A não incidência do imposto impõe a anulação do crédito relativo às operações anteriores.

Em princípio, exatamente porque não se perfaz a operação de saída de mercadoria tributável é que o comodato não gera direito a créditos do ICMS. Nessa situação não há, no sentido técnico-jurídico da expressão, circulação de mercadoria. Então, a saída do bem do estabelecimento a título de comodato enseja a não-incidência do tributo, o que acarreta a anulação dos créditos relativos às operações anteriores.

Esse raciocínio dá cumprimento efetivo ao princípio constitucional da não-cumulatividade, que atua no eixo das operações relativas à circulação de mercadorias. Por essa regra, abate-se do imposto devido em cada operação de circulação da mercadoria o imposto cobrado nas operações anteriores. Como não há operação subsequente de saída de mercadoria tributável, há direito a creditamento do ICMS.

E farta é a jurisprudência da Suprema Corte acerca do tema:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ICMS. VERIFICAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA. ALEGAÇÃO DE VENDA DISFARÇADA DE BENS POR MEIO DE CONTRATO DE COMODATO. INCURSIONAMENTO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 279 DO STF. 1. A verificação de efetiva circulação da mercadoria, e não de empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, demanda a análise do conjunto fático-probatório dos autos. Não se revela cognoscível, em sede de recurso extraordinário, a insurgência que tem como escopo o incursionamento no contexto fático-probatório engendrado nos autos, porquanto referida pretensão não se amolda à estreita via do apelo extremo, cujo conteúdo restringe-se à fundamentação vinculada de discussão eminentemente de direito, face ao óbice erigido pela Súmula nº 279/STF. 2. In casu, o acórdão recorrido extraordinariamente assentou: “APELAÇÃO EM AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS NA OPERAÇÃO DE DISPONIBILIZAÇÃO DE VASILHAMES QUE ACONDICIONA BEBIDA. **Não incide ICMS sobre operação de disponibili-**

zação de vasilhames que acondiciona bebida, porque não configurada a circulação de mercadoria, pressuposto necessário para a incidência do referido tributo, conforme disposto no art. 155, II, da CF. A operação que a apelada, fabricante de bebidas, trava com as distribuidoras de bebidas ao disponibilizar vasilhames que acondiciona a mercadoria vendida constitui verdadeiro contrato de comodato. Inteligência do art. 579 do Código Civil. Aplicação da súmula 573 do STF. Apelação improvida e sentença mantida, inclusive, em reexame necessário”.
3. Agravo regimental DESPROVIDO [ARE 768785 AgR/BA, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 23/04/2015, ênfase acrescida].

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO FIXO ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA. **Não incide Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços na transferência interestadual de bens do ativo fixo entre estabelecimentos da mesma empresa.** AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé [AI 810.921, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe 24/05/2013, grifos nossos].

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. 1. O SIMPLES DESLOCAMENTO DA MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DA MESMA EMPRESA, SEM A TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE, NÃO CARACTERIZA A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES. 2. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO AO CRÉDITO DO VALOR** Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2863626. Supremo Tribunal Federal DJe 04/10/2012 Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 13 Ementa e Acórdão RE 466.526 A GR / GO ADICIONADO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL (LEI COMPLEMENTAR N. 63/1990). OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. 3. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO [RE 466.526 AgR/GO, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 30/11/2012, ênfase acrescida].

No entanto, o tema fixado no presente momento pelo Supremo Tribunal guarda certas peculiaridades.

No caso dos autos, há a entrada de aparelhos celulares nas empresas de telefonia para integrarem o seu ativo imobilizado. Posteriormente, esses aparelhos são cedidos, supostamente a título de comodato, a alguns clientes dos serviços de telefonia que adquirem con-

tratos de serviços de valores mais elevados e com fidelização. Então, pode-se dizer que aqui não se trata, precisamente, em termos técnicos-jurídicos, de comodato. Isso porque esses aparelhos celulares, após cedidos aos consumidores, não retornam à empresa, nem mesmo na hipótese de rescisão dos contratos de prestação de serviços de telefonia. Sendo assim, não há, de fato, um comodato, nos termos exatos do instituto.

Nos termos do art. 579 do Código Civil, o comodato “*é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto*”.

Como empréstimo que é, o comodato pressupõe a necessária devolução do objeto emprestado, o que, todavia, não ocorre no caso dos autos, pois os celulares, como acima afirmado, não retornam à empresa após o prazo convencional.

No entanto, atendo-se à realidade delineada nos autos, e em face da impossibilidade de se revolver os fatos sobre os quais repousa a tese jurídica ora em debate, para aquilatar a classificação jurídica dada aos fatos subjacentes, impõe-se sustentar, no que aqui apresentado, que não é possível o creditamento de ICMS cobrado em operação de entrada de aparelhos celulares em empresas prestadoras de serviço de telefonia móvel, posteriormente cedidos a clientes.

Essa conclusão deriva do fato de que esses telefones celulares não são utilizados como forma de incremento das atividades exercidas pelas empresas de telefonia, como o seria, por exemplo, na hipótese de cessão desses mesmos aparelhos, a título de comodato, para os próprios funcionários da empresa os utilizarem no exercício de suas atividades profissionais. Nesta situação, sim, seria evidente a ausência de intuito lucrativo ou comercial da operação, a afastar a ideia de circulação de mercadorias e, por consequência, o direito de crédito do ICMS.

No caso trazido a exame, vislumbra-se, então, a entrega do aparelho para os clientes em razão da aquisição, por esses, de planos de serviços com maior valor agregado e com fidelização. Tanto isso é verdade que, quanto maior o valor do plano adquirido, mais sofisticados os aparelhos disponibilizados para os clientes, o que comprova que os aparelhos celulares são utilizados com o intuito nitidamente comercial de angariar clientes para as empresas e de fidelizá-los aos serviços por elas oferecidos.

Fiel a essa compreensão, cumpre prover apenas o recurso extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral: não é possível o creditamento de ICMS cobrado em operação de entrada de aparelhos celulares em empresa prestadora de serviço de telefonia móvel, posteriormente cedidos a clientes, porquanto não se trata, verdadeiramente, de comodato.

Brasília, 06 de agosto de 2019.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República