

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.833.044 - MG (2019/0205996-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**  
**RECORRENTE** : **TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL**  
**ADVOGADO** : **SACHA CALMON NAVARRO COELHO - MG009007**  
**ADVOGADOS** : **MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI - MG016082**  
**ANDRÉ MENDES MOREIRA - MG087017**  
**ALICE GONTIJO SANTOS TEIXEIRA - MG106670**  
**MARINA SOARES MACHADO - MG140243**  
**PEDRO HENRIQUE NEVES ANTUNES - MG158039**  
**MARINA MACHADO MARQUES - MG173734**  
**RECORRENTE** : **ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**PROCURADORE** : **MARCELO CÁSSIO AMORIM REBOUÇAS - MG044445**  
**S**  
**MARIANE RIBEIRO BUENO - MG056566**  
**RECORRIDO** : **OS MESMOS**

**DECISÃO**

Trata-se de Recursos Especiais (art. 105, III, "a", da CF) interpostos contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais cuja ementa é a seguinte (fl. 786, e-STJ):

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ICMS. DECADÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. QUESTÃO JÁ DECIDIDA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. REDISCUSSÃO. INVIABILIDADE. SERVIÇOS INTERMEDIÁRIOS AO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. HONORÁRIOS. EQUIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. . Embora as matérias de ordem pública possam ser apreciadas a qualquer momento, inclusive por meio de simples petição, uma vez analisada a questão pelo Tribunal em sede de Agravo de Instrumento, opera-se a preclusão, impedindo a renovação da questão por ocasião da remessa dos autos para julgamento da Apelação. 2. Os serviços de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura, bem assim os relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação não estão sujeitos à incidência do ICMS. 3. A verba honorária de sucumbência deve ser fixada segundo apreciação equitativa do Julgador, devendo ser suficiente para remunerar com dignidade o patrono do vencedor sem onerar excessivamente o Poder Público vencido. Confi gurada a ocorrência de sucumbência recíproca, impõe-se a distribuição proporcional, entre os litigantes, das despesas processuais e dos honorários advocatícios (artigo 21, CPC/73).

Ambos Embargos de Declaração foram rejeitados.

A Telemar Norte Leste S/A, nas razões do Recurso Especial, sustenta além de divergência jurisprudencial que ocorreu, preliminarmente, violação do art. 1.022, I e II, do CPC/2015, uma vez que o Tribunal local não teria sanado os vícios apontados nos Embargos de Declaração e, no mérito, dos arts. 504, I do CPC; art. 7º 9º e 10 do CPC; art. 150, § 4º do CTN; e o art. 2º da LC 87/1996. Assevera:

Para mais, o presente recurso também se funda na violação, pelo acórdão recorrido, ao art. 504, 11 do CPC, uma vez que a c. 6a Câmara Cível entendeu que os motivos de uma decisão provisória proferidos quando do julgamento do agravo de instrumento nº 1.0024.09.541600-4/001, cuja discussão era restrita à viabilidade da manutenção da liminar concedida pelo MM. Juiz de piso, estariam abarcados pela coisa julgada.

Ora, de acordo com o dispositivo, a sentença faz coisa julgada apenas sobre o pedido, jamais sobre a atividade desenvolvida pelo julgador para justificar a decisão.

(...)

Ademais, apesar de a ora Recorrente ter demonstrado a necessidade de observância ao "art. 150, §4º do CTN, visto que se trata de tributo lançado por homologação e que houve pagamento parcial" conforme atestado no laudo pericial, o acórdão recorrido rejeitou a preliminar de mérito, entendendo pela aplicação do art. 173, I do CTN

(...)

Ainda, o acórdão recorrido não observou o disposto no art. 2º, I da LC nº 87/963, que reproduziu os mandamentos do art. 155, II da CR/88, no tocante à determinação da hipótese de incidência do ICMS sobre a circulação de mercadorias.

O Estado de Minas Gerais, por sua vez, alega afronta aos arts. 1.022, I e II do CPC/2015, 2º, III; 12, VII e 13, III, § 1º, II, "a" da Lei Complementar 87/1996, 60, *caput*, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei Federal nº 9.472/97). Aduz:

A tese central do Estado de Minas Gerais no presente processo era no sentido de que, longe de atribuir à locação pura e simples a qualificação de fato gerador de ICMS, pretendia e pretende que se enfrente que o valor cobrado pela locação, realizada apenas e tão somente em função do contrato de prestação de serviço de telecomunicação, compõe a base de cálculo do ICMS devido pela prestação do serviço de comunicação, o mesmo valendo para os demais serviços discutidos nos autos.

Contudo, o Tribunal de origem fazendo uma aplicação

equivocada de um precedente julgado na sistemática dos recursos repetitivos, afastou a argumentação do Estado de Minas Gerais, deixando de considera-la mais seriamente.

Contrarrazões apresentadas às fls. 1.047-1.057 e 1.069-1.079, e-STJ.

É o **relatório**.

**Decido.**

Os autos ingressaram neste Gabinete em 1º.8.2019.

Passo à análise dos recursos em separado.

### **1. Recurso Especial da Telemar Norte Leste S/A**

O Tribunal de origem, ao decidir a *vexata quaestio*, consignou (fls. 791-793, e-STJ):

O fato de a matéria ser de ordem pública não afasta os efeitos da preclusão, sendo inadmissível a rediscussão da questão por ocasião da remessa dos autos a este Tribunal para julgamento da Apelação, **se já submetida ao exame desta instância revisora no âmbito de Agravo de Instrumento**.

Conquanto se reconheça que as matérias de ordem pública possam ser apreciadas a qualquer momento, inclusive por meio de simples petição, **uma vez analisada a questão pelo Tribunal**, opera-se a preclusão, impedindo a renovação da questão nesta instância.

A propósito, o colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem entendimento firmado no sentido da configuração da preclusão quando houver decisão anterior mesmo em se tratando de matéria de ordem pública:

(...)

Em síntese, forçoso reconhecer que a questão de ordem pública já suscitada e decidida por este Tribunal não pode ser apreciada novamente em razão da configuração da preclusão.

Em Embargos de Declaração assim completou (fls. 910-911, e-STJ):

Assim, conquanto não tenha a primeira embargante sido intimada especificamente para se manifestar sobre a preclusão da discussão sobre a decadência parcial do crédito tributário, verifico que **a questão não trouxe prejuízo à mesma**, que, nos embargos de declaração, teve oportunidade de discutir a matéria, apresentando seus fundamentos contrários ao reconhecimento da preclusão arguida pelo Estado de Minas Gerais, os quais não foram suficientes para afastar o entendimento adotado pela Turma

Julgadora quando do julgamento dos recursos voluntários.

(...)

No tocante à alegada "intributabilidade das vendas esporádicas de bens móveis e imóveis pela embargante", a Turma Julgadora fundamentou a controvérsia de forma clara, **destacando que as vendas foram comprovadas pela prova pericial produzida nos autos**, não ficando evidenciada hipótese de isenção, ainda que a empresa não tenha por objeto social a alienação de bens.

Inicialmente, constata-se que não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.

Nas razões de seu Recurso Especial, verifica-se que a agravante não impugnou os fundamentos, especialmente sobre a questão acima destacada, o que atrai a incidência da Súmula 283 do STF, por analogia: "É inadmissível o recurso extraordinário quanto a decisão recorrido assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles", e autoriza a manutenção do decidido.

Outrossim, verifica-se que os argumentos expostos no recurso estão dissociados dos fundamentos do acórdão, uma vez que a recorrente insiste nas teses expostas na Apelação sem rebater o que já foi decidido. Essa dissociação atrai a incidência da Súmula 284 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO DEMONSTRADA. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA POR PRESO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TRABALHO VOLUNTÁRIO DO PRESO. SERVIÇOS PRESTADOS EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. REMUNERAÇÃO INDEVIDA. REMISSÃO. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULAS 283 E 284 DO STF. REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. ALÍNEA C. PREJUDICADA.

1. Não se configura a ofensa ao art. 535 do CPC/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

2. A Corte de origem decidiu a lide com base no entendimento de que 'o trabalho do condenado tenha a finalidade educativa e produtiva, e que o espírito da lei não se dirige exclusivamente à contraprestação pecuniária, mas, principalmente, à ressocialização, sendo

possível o trabalho voluntário apenas com a finalidade da remissão'. Verifica-se que a parte recorrente não infirmou, de forma específica, os fundamentos suficientes destacados na transcrição, utilizados pelo Tribunal de origem.

3. Como os fundamentos não foram atacados pela parte e são aptos, por si sós, para manter o decisum combatido, permite-se aplicar na espécie, por analogia, os óbices das Súmulas 284 e 283 do STF, ante a deficiência na motivação e a ausência de impugnação de fundamento autônomo.

4. Hipótese em que o Tribunal local consignou que 'os serviços realizados pelo apelante se deram de forma voluntária, com a finalidade exclusiva de remir a pena' (fl. 154, e-STJ). Alterar o entendimento da Corte a quo de que os serviços realizados pelo apelante se deram de forma voluntária, com a finalidade exclusiva de remir a pena, não havendo repercussão econômica, enseja o reexame fático-probatório dos autos, procedimento vedado pela Súmula 7 do STJ.

5. A incidência da Súmula 7/STJ impede o exame de dissídio jurisprudencial, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual deu solução à causa a Corte de origem.

6. Recurso Especial não conhecido" (STJ, REsp 1156327/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/04/2017)

Por fim, quanto a análise da suposta violação ao art. 150, § 4º do CTN e a "intributabilidade das vendas", como questionada nas razões do recurso especial, revela-se impossível nessa instância pois seria necessário o revolvimento do conjunto probatório dos autos, o que é obstado pela Súmula 7/STJ.

## **2. Recurso Especial do Estado de Minas Gerais**

Inicialmente, a parte recorrente sustenta que o art. 1.022 do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assevera apenas ter oposto Embargos de Declaração no Tribunal *a quo*, sem indicar as matérias sobre as quais deveria pronunciar-se a instância ordinária, nem demonstrar a relevância delas para o julgamento do feito.

Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF. Cito precedente:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. CONTRATO DE TRANSPORTE DE PESSOAS. ACIDENTE COM VÍTIMA FATAL. PENSÃO MENSAL.

FIXAÇÃO COM BASE NO SALÁRIO MÍNIMO. DANO MORAL CARACTERIZADO. QUANTUM. RAZOABILIDADE. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 (ART. 535 DO CPC/1973). ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR. SÚMULA 83/STJ. OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL - VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A ALTERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(AgInt no AREsp 510.571/PE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 19/12/2016)

Outrossim, o Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, concluiu que o ICMS incide somente sobre o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre as atividades-meio e serviços suplementares, entre os quais a locação de equipamentos necessários à efetivação da comunicação.

Consignou em Embargos de Declaração (fls. 910-911, e-STJ):

Em relação aos créditos que supostamente não foram trazidos à discussão, o julgamento colegiado ressaltou que, embora a empresa devedora seja prestadora de serviços de telecomunicação e, por isso, contribuinte do ICMS, **não deve ser tributada pelo imposto incidente sobre as atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação**, razão pela qual os créditos tributários relativos a tais atividades devem ser extintos da execução.

Com efeito, a jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que a prestação de serviços conexos ao de comunicação (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade-fim — processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza —, esta, sim, passível de incidência do ICMS.

A despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade-meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS.

A propósito, confira-se o seguinte precedente:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. ICMS. TELEFONIA CELULAR. SERVIÇOS

SUPLEMENTARES AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Os serviços de habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação), cadastro de usuário e equipamento, entre outros serviços, que configurem atividade-meio ou serviços suplementares, não sofrem a incidência do ICMS." Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 816.512/PI, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Seção, DJe 1º/2/10).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no RMS 31.147/RR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 19/05/2014)

Esse entendimento foi ratificado pela Primeira Seção/STJ no julgamento do REsp 1.176.753/RJ (Primeira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 19.12.2012 — recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC).

Eis a ementa do referido julgado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS CONEXOS (SUPLEMENTARES) AO DE COMUNICAÇÃO (TELEFONIA MÓVEL): TROCA DE TITULARIDADE DE APARELHO CELULAR; CONTA DETALHADA; TROCA DE APARELHO; TROCA DE NÚMERO; MUDANÇA DE ENDEREÇO DE COBRANÇA DE CONTA TELEFÔNICA; TROCA DE ÁREA DE REGISTRO; TROCA DE PLANO DE SERVIÇO; BLOQUEIO DDD E DDI; HABILITAÇÃO; RELIGAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS.

1. A incidência do ICMS, no que se refere à prestação dos serviços de comunicação, deve ser extraída da Constituição Federal e da LC 87/96, incidindo o tributo sobre os serviços de comunicação prestados de forma onerosa, através de qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza (art. 2º, III, da LC 87/96).

2. A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual

não é possível a incidência do ICMS.

3. Não merece reparo a decisão que admitiu o ingresso de terceiro no feito, pois o art. 543-C, § 4º, do CPC autoriza que o Ministro Relator, considerando a relevância da matéria tratada em recurso especial representativo da controvérsia, admita a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na questão jurídica central.

4. Agravo regimental de fls. 871/874 não provido. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.176.753/RJ, Primeira Seção, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 28/11/2012, DJe 19/12/2012)

Dessume-se, portanto, que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ o que atrai a incidência da Súmula 83/STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação.

### **3. Conclusão**

Considerando o previsto no Enunciado Administrativo 7/STJ, condeno os recorrentes ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor total da verba sucumbencial fixada nas instâncias ordinárias, com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015.

Saliente-se que os §§ 3º e 11 do art. 85 do CPC/2015 estabelecem teto de pagamento de honorários advocatícios quando a Fazenda Pública for sucumbente, o que deve ser observado quando a verba sucumbencial é acrescida na fase recursal, como no presente caso.

Diante do exposto, conheço **parcialmente do Recurso Especial da Telemar Norte Leste S/A apenas em relação ao art. 1.022 do CPC e, nessa parte, nego-lhe provimento. Não conheço do Recurso Especial do Estado de Minas Gerais.**

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 29 de outubro de 2019.

Ministro Herman Benjamin  
Relator