

# DESCONTOS CONCEDIDOS POR OPERADORAS DE TELEFONIA NA VENDA DE APARELHOS CELULARES E SUA INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS: COMO DEVE SER COMPREENDIDA A CONDIÇÃO EXIGIDA PELO ART. 13, §1º, II, “A”, DA LC 87/96?

*André Mendes Moreira<sup>1</sup>*

*Pedro Henrique Neves Antunes<sup>2</sup>*

O artigo analisa a incidência do ICMS sobre descontos concedidos por Operadoras de Telefonia na venda de aparelhos celulares combinada com a contratação conjunta de plano de serviços de telecomunicação, que contenha exigência mínima de tempo de vigência. Para tanto, busca-se, a partir do conceito jurídico de condição historicamente adotado pelo Direito Civil, identificar em quais situações os descontos são concedidos sob condição, a atrair a incidência do ICMS, nos termos do art. 13, §1º, II, “a”, da Lei Complementar 87/96. Pretende-se, também, classificar juridicamente os valores devidos pelos usuários na hipótese de cancelamento prematuro do plano de serviços de telecomunicação, que tenha sido contratado como requisito à fruição de desconto na aquisição de aparelho celular.

## 1. INTRODUÇÃO

As Operadoras de Telefonia, como parte de estratégia empresarial em um cenário concorrencial, buscando atrair clientes para sua base, disponibilizam ofertas pelas quais se concede desconto na compra de aparelhos celulares combinada com a contratação conjunta de plano de serviço de telecomunicação, em estratégia comercial conhecida como *venda subsidiada de aparelhos*. Geralmente, estas ofertas são acompa-

1 Professor Adjunto de Direito Tributário dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Direito Tributário pela USP e Mestre em Direito Tributário pela UFMG. Diretor da ABRADT. Advogado.

2 Especialista em Direito Tributário pelo IBET e pela Faculdade de Direito Milton Campos. Membro da ABRADT. Advogado.

nhadas da exigência de vigência mínima de tempo do contrato de prestação do serviço de telecomunicação, consubstanciada no “Contrato de Permanência”, em expressão cunhada pela ANATEL.

Assim, o usuário adquire o aparelho celular por um preço inferior ao costumeiramente praticado, mas, para isso, se vincula a determinado serviço de telecomunicação, cujo contrato prevê um período mínimo de vigência prefixado. Descumprido esse prazo sem justa causa a tanto, deverá o cliente, em regra, arcar com o pagamento de determinada quantia estipulada em contrato, a título de multa.

Sendo essa a formatação básica de ofertas desse tipo, as Fiscalizações Estaduais – no período anterior à instituição da substituição tributária sobre a venda de celulares – lavraram autuações fiscais para exigir a cobrança do ICMS calculado sobre o valor dos descontos concedidos aos usuários/adquirente, por considerarem que referidos descontos foram concedidos sob condição, devendo, portanto, compor a base de cálculo do ICMS, por força do supracitado art. 13, §1º, II, “a” da LC 87/96.

Entretanto, nem sempre os pré-requisitos e as exigências das ofertas para a concessão do desconto na venda de aparelhos celulares podem ser classificados como *condição*, no sentido jurídico do termo, a caracterizar os chamados “descontos concedidos sob condição”, tributáveis pelo ICMS conforme a Lei Kandir. Isso porque, sendo expressão com conteúdo semântico há muito fixado pelo Direito Civil, a expressão *condição* deve ter sua significação dali extraível, designando, necessariamente, a *subordinação dos efeitos de determinado negócio jurídico a evento futuro e incerto. Futuridade e incerteza*, pois, necessariamente devem estar presentes para a caracterização da *condição*, em sentido jurídico.

Firme nessa premissa, o presente artigo analisa os aspectos geralmente observáveis nas ofertas desse tipo, buscando sempre identificar a existência de condições, bem como situações em que tais condições se fazem impossíveis, para delimitar o campo de incidência do ICMS, à luz do art. 13, §1º, II, “a” da LC 87/96. Também com este propósito, ao final serão trazidas respostas objetivas a questionamentos formulados no corpo do artigo, o que é feito em tentativa de tornar mais compreensíveis as proposições aqui sustentadas, possibilitando, inclusive, futuros debates e críticas de seus eventuais leitores.

Feita essa breve introdução, passa-se ao texto.

## 2. PRESSUPOSTOS LEGAIS À ANÁLISE PROPOSTA. COMPREENSÃO DO ART. 13, §1º, II, “A” DA LC 87/96 À LUZ DO ART. 114 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E ART. 121 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. O QUE SIGNIFICA “DESCONTO CONCEDIDO SOB CONDIÇÃO”?

Em interpretação do art. 13, §1º, II, “a” da LC 87/963, doutrina<sup>4</sup> e jurisprudência<sup>5</sup> há muito sustentam a não incidência do ICMS sobre os valores correspondentes a descontos incondicionados concedidos por contribuinte do ICMS (art. 4º da LC 87/96), por leitura *a contrario sensu* da norma jurídica pela qual *integram a base de cálculo do ICMS descontos concedidos sob condição*, extraível de referido dispositivo.

Partindo, pois, da atual compreensão do mandamento legal, o ponto fulcral para inclusão ou exclusão de valores a título de *desconto* da base de cálculo do ICMS em operações tributadas passa a ser a caracterização e verificação da existência de *condição*. Presente a condição (no sentido jurídico do termo), autorizada estará a tributação.

Defende-se a necessidade da preservação do conceito jurídico de *condição*, não só pela crença na organicidade e sistematicidade do direito, como também pela impossibilidade de se desconsiderar a preexistência da conceituação legal da expressão à época em que editada a LC 87/96, quando ainda vigorava o Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071/1916) 6.

3 “Art. 13. A base de cálculo do imposto é: [...] § 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do **caput** deste artigo: [...] II – o valor correspondente a: a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como **descontos concedidos sob condição**; [...]”

4 CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pg. 164.

5 “Interpretando-se, **a contrario sensu**, o art. 13, § 1º, inc. II, alínea ‘a’, da Lei Complementar 87/96, verifica-se que o desconto incondicional não integra a base de cálculo do aludido imposto, isto porque, não faz parte do valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria.” (STJ, REsp 63.838, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Turma, jul. 09.05.2000, DJ: 05.06.2000; destaque originais).

6 Em argumento complementar, apesar de se ter a consciência de que o art. 110 do CTN (Lei n. 5.172/66) não faz menção expressa às leis complementares, devemos ressaltar que esta modalidade de lei não existia na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, em vigor quando o Código Tributário foi editado. Essa, a nosso ver, a única razão pela qual referido artigo se limita a se referir à *Constituição Federal*,

Dispunha o art. 114 do Código Civil de 1916: “Art. 114. Considera-se condição a cláusula, que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto.”. Por sua vez, mais à frente o art. 117 consignava: “Art. 117. Não se considera condição a cláusula, que não derive exclusivamente da vontade das partes, mas decorra necessariamente da natureza do direito, a que acede”.

Referidos dispositivos restaram revogadas pela entrada em vigor do Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002), que, todavia, não trouxe alteração significativa à conceituação ou qualificação jurídica desta matéria, mantendo, pois, o *status quo ante*. É o que se depreende da redação do seu art. 121, pelo qual “considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

Condição, pois, juridicamente falando, é *cláusula*<sup>7</sup> que *deriva da vontade das partes de subordinar o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto*. Sendo o próprio *negócio jurídico declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos objetivados pelo agente*<sup>8</sup>, pode-se supor que a condição é uma limitação àquela própria *declaração de vontade*, já que torna seus *efeitos jurídicos subordinados*<sup>9</sup> a *evento futuro e incerto*.

Aqui se chega a aspecto central do instituto da *condição* a ser analisado, a saber: em que, portanto, consiste um *evento futuro e incerto*?

---

*Constituições dos Estados, Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios*, já que, na atual ordem constitucional, é indiscutível o papel exercido pelas leis complementares (por delegação constitucional) na “*definição ou limitação competências tributárias*”. Logo, a observância ao art. 110 do CTN, *per si*, já imporia a observância, pelo Direito Tributário, à *definição, conteúdo e alcance* atribuído pelo Direito Civil à expressão “*condição*”, trazida pela LC 87/96.

- 7 Cláusula deriva do latim *clausula*, de *claudere*, que significa fechar, cerrar, cercar, devendo ser compreendida como “toda manifestação de vontade imposta em um contrato, ou ato, em virtude da qual se *restringe* ou se *dispõe* a respeito das condições em que o mesmo possa exercer seus efeitos em relação às partes que o elaboram e aceitam.” (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Atua. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 26.ed. Rio de Janeiro: 2005, p. 294).
- 8 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol.1. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 410.
- 9 Pela conceituação nos fornecida por De Plácido e Silva, subordinação deriva do latim *subordinatio* (submissão, sujeição), sendo, em qualquer aspecto, “a submissão de coisas ou pessoas à dependência de outras, a fim de que se cumpram as ordens, as imposições, as determinações, que delas emanem.” (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Atua. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 26.ed. Rio de Janeiro: 2005, p. 1329)

Evento (do latim *eventus*, a designar sucesso, acontecimento) é aquilo que “*designa tudo o que possa suceder ou tudo que possa vir a acontecer*”, segundo De Plácido e Silva, que ainda chama atenção para o seguinte: “Na técnica jurídica, servem os eventos para concretizar as *condições*, cláusulas que se põem nos contratos para subordinar o efeito do ato jurídico a *fato* ou *acontecimento* incerto e futuro.”

A esta altura, já é possível identificar a importância da *futuridade* e da *incerteza* à caracterização da condição, o que leva Sílvio Venosa a qualificá-las (futuridade e incerteza) como “elementos essenciais do instituto”<sup>10</sup>. Em apertada síntese, pois, para a caracterização da condição, os efeitos do negócio jurídico devem estar subordinados a *ato ou fato que pode vir a ocorrer ou não*.

Para exemplificar *condições*, Sílvio Venosa<sup>11</sup> fornece-nos as hipóteses de honorários de advogado vinculados ao êxito do processo; ou mesmo a estipulação de pagamento da pessoa “x” à pessoa “y” se determinado cavalo ganhar uma prova de corrida. Caio Mário<sup>12</sup>, por sua vez, sustenta a existência de condição, com contornos bem definidos, “quando alguém estipula que fará o aluguel da casa, se transferir sua residência para outra localidade”.

Essas três hipóteses, em nosso sentir, exemplificam as chamadas *condições suspensivas*, já que *a obrigação não terá existência enquanto não se verificar a superveniência da condição* <sup>13</sup>. Contrapõem-se a elas, pois, as *condições resolutivas*, que têm por característica a produção de efeitos desde a realização do negócio jurídico, os quais cessarão caso verificada a ocorrência da condição previamente estipulada<sup>14</sup>.

10 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Vol. I. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, pg. 500.

11 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Vol. I. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

12 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol.1. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pg. 475.

13 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol.1. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

14 “No negócio sob condição resolutiva, inversamente, dá-se desde logo a aquisição do direito, e produz o negócio jurídico todos os seus efeitos. Importa a sua verificação na resolução do próprio negócio e no desfazimento do negócio. Pendente a condição, vigora a declaração de vontade desde o momento de sua emissão, e pode o titular exercer na sua plenitude o direito criado, que se incorpora, desta sorte, e desde logo, ao seu patrimônio (*adquisitio*). Realizada a condição, extingue-se o direito, resolvem-se as faculdades que o compõem, inclusive aquelas que foram instituídas em

Aplicando estes conceitos ao tema ora estudado, podemos afirmar, pois, que o ICMS deverá, em negócios jurídicos tributáveis, incidir sobre descontos<sup>15</sup> cuja fruição decorra da existência (condição suspensiva) ou da inexistência (condição resolutiva) de *fato* ou *acontecimento* futuro que possa vir a ocorrer ou não. Fixada essa premissa, passemos adiante.

### 3. COMÉRCIO DE APARELHOS CELULARES PELAS OPERADORAS DE TELEFONIA. DESCONTOS PREVISTOS EM OFERTAS PARA AQUISIÇÃO CONJUNTA DE CELULARES E PLANOS DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO.

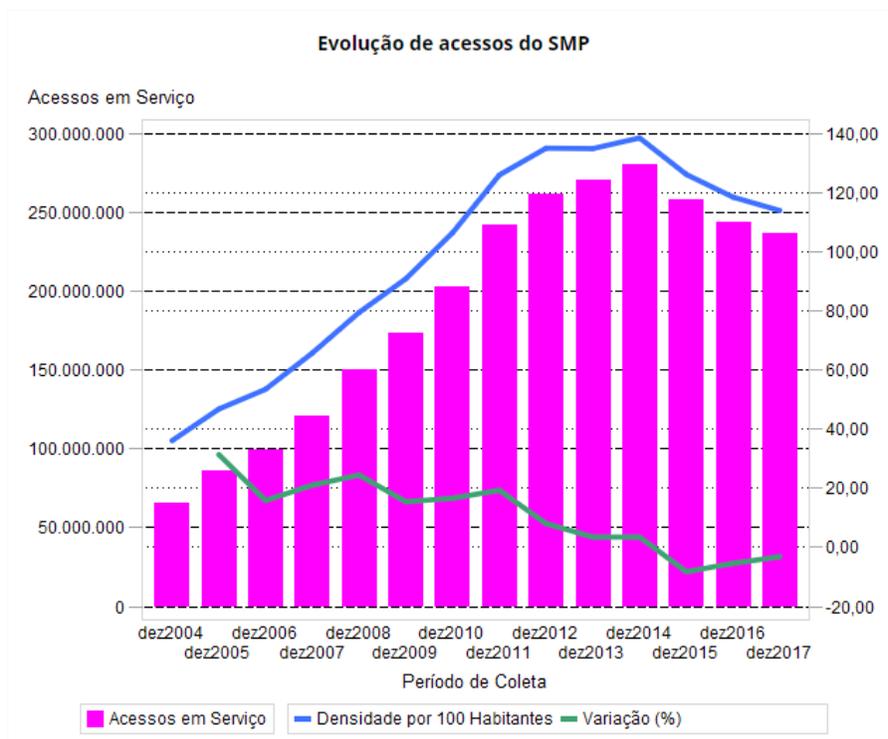
Conforme informações fornecidas pela ANATEL, em fevereiro de 2018, havia 40.550.669 linhas de telefonia fixa (Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC) em operação no Brasil<sup>16</sup>. Por sua vez, no mesmo período, havia 235.655.505 linhas móveis (Serviço Móvel Pessoal – SMP), sendo 146.041.021 pré-pagas e 89.614.484 pós-pagas<sup>17</sup>. Ou seja, do total de telefones em operação no país, 85% são móveis e, desse montante, 62% são pré-pagos.

Não se demora, pois, a constatar a importância que a telefonia móvel desempenha no Brasil, sendo serviço essencial às telecomunicações no País. Apesar disso, não se desconsidera também que, a partir desde dezembro de 2014, o número de acessos do SMP está em declínio a cada ano, como se observa pelo seguinte gráfico, também disponibilizado pela ANATEL<sup>18</sup>:

---

benefício de terceiros. A obrigação é, desde logo, exigível, mas, verificada a conditio, restituem-se as partes ao *statu quo ante*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol.1. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pg. 485).

- 15 Desconto também tem um sentido comumente utilizado, representando “o abatimento que é feito no total de qualquer soma em dinheiro, ou no valor de qualquer obrigação, para ser cumprida, assim, pelo líquido, verificado pela subtração do desconto da importância da qual ele se abate.” (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Atua. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 26.ed. Rio de Janeiro: 2005, p. 442).
- 16 Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/dados/destaque-1/331-brasil-tem-40-55-milhoes-linhas-fixas-em-operacao-no-mes-de-fevereiro> Acesso: 24 abr.2018.
- 17 Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/dados/destaque-1/283-brasil-tem-236-2-milhoes-de-linhas-moveis-em-janeiro-de-2018> Acesso: 24 abr.2018.
- 18 Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/dados/destaque-1/283-brasil-tem-236-2-milhoes-de-linhas-moveis-em-janeiro-de-2018> Acesso: 24 abr.2018.



O *market share* no SMP por empresa é altamente variável<sup>19</sup>, como se extrai da tabela abaixo<sup>20</sup>, que ilustra a variação quantitativa das linhas telefônicas móveis das Operadoras atuantes no Brasil, entre os meses de agosto de 2017 e fevereiro de 2018:

19 Ainda segundo a ANATEL, entre fevereiro de 2017 e fevereiro de 2018, as seguintes empresas apresentaram redução (em números de linhas móveis e percentual de queda): Oi com -3.127.726 (-7,44%), TIM com -4.125.852 (-6,64%), Sercomtel com -4.223 (-5,89%), Algar -37.625 (-2,80%) e Claro com -1.489.872 (-2,47%). Por sua vez, tiveram aumento em número de linhas móveis: Datora com +115.230 linhas móveis (+111,28 %), a Porto Seguro com +139.539 linhas (+ 29,30 %), a Nextel com +248.009 (+9,44%) e a Telefônica (Vivo) com +984.130 linhas (+1,33%). (Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/dados/destaque-1/283-brasil-tem-236-2-milhoes-de-linhas-movéis-em-janeiro-de-2018> Acesso: 24 abr.2018.).

20 Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/dados/destaque-1/283-brasil-tem-236-2-milhoes-de-linhas-movéis-em-janeiro-de-2018> Acesso: 24 abr.2018.

Acessos em Operação por Grupo Econômico							
Grupo Econômico	Agosto (2017)	Setembro (2017)	Outubro (2017)	Novembro (2017)	Dezembro (2017)	Janeiro (2018)	Fevereiro (2018)
CLARO	60.457.940	60.398.003	60.501.743	60.538.448	59.022.019	59.003.372	58.726.546
CTBC	1.328.201	1.325.908	1.317.491	1.311.719	1.312.925	1.309.426	1.307.059
DATORA MOBILE TELECOMUNICACOES LTDA (AUTORIZADA DE REDE VIRTUAL)	186.282	191.282	193.182	197.182	201.182	209.782	218.782
EUTV CONSULTORIA E INTERMEDIÇÃO DE NEGÓCIOS S.A.	12.130	13.506	14.632	16.159	17.269	18.442	42.104
NEXTEL	2.596.556	2.622.341	2.617.026	2.668.626	2.787.676	2.779.943	2.874.526
OI	42.025.585	41.911.167	41.942.836	40.473.757	38.942.433	38.935.550	38.900.114
PORTO SEGURO S.A. (AUTORIZADA DE REDE VIRTUAL)	565.914	578.829	572.816	573.406	562.520	606.414	615.808
SERCOMTEL	70.419	69.814	69.280	68.716	68.217	67.895	67.485
TELEFÔNICA BRASIL S.A. (VIVO)	74.571.024	74.561.948	74.648.744	74.735.923	74.939.872	74.873.598	74.896.701
TIM	60.353.453	59.390.157	58.972.931	58.507.846	58.634.435	58.425.462	58.006.380
<b>Total</b>	<b>242.167.504</b>	<b>241.062.955</b>	<b>240.850.681</b>	<b>239.091.782</b>	<b>236.488.548</b>	<b>236.229.884</b>	<b>235.655.505</b>

Se por um lado percebemos o decréscimo do quantitativo total das linhas de SMP ativas no Brasil, por outro percebemos grande variação entre as próprias companhias. A busca por competitividade, portanto, se impõe como forma de permanecer no mercado.

Assim, como parte de estratégia empresarial em um cenário concorrencial, as Operadoras de Telefonia, buscando atrair clientes para o serviço por elas prestado (a saber, serviço de telecomunicação), passaram a criar ofertas, compostas pelos mais variados preços, em tentativa de adequar, com maior precisão, seu produto à demanda do mercado. São exemplos dessas ofertas: os planos “combo”, com a contratação conjunta de pacote de dados de internet, telefone fixo, telefone celular e TV por assinatura, em diferentes combinações e valores; os planos “família”, em que diversas linhas telefônicas “dependentes” ficam vinculadas a uma linha “principal”; as diversas combinações de serviços de telefonia e facilidades adicionais; etc.

Interessam ao presente estudo especificamente as ofertas das Operadoras de Telefonia em que se concede um desconto na compra de aparelhos celulares (no âmbito deste artigo, englobando também aparelhos afins, tais como smartphones, tablets, etc., sempre relacionados à telecomunicação) combinada à contratação de plano de serviço de

telecomunicação, estratégia comercial conhecida como *venda subsidiada de aparelhos*.

Dentre outros fatores, que a venda de celulares combinada a planos telefônicos e cláusulas de fidelização é um atrativo importante, aumentando a chance de conquistar novos clientes e que, quando não adotada, coloca a Operadora em posição de desvantagem em relação às concorrentes.

Nessa hipótese, as Operadoras telefônicas costumam conceder descontos no valor de aparelhos celulares a depender do plano contratado pelos usuários. Via de regra, quanto maior o preço cobrado pelo serviço de comunicação, maior é o desconto concedido na venda de aparelhos celulares<sup>21</sup>.

Entretanto, para atingir os fins pretendidos pelas Operadoras (basicamente, atração de novos clientes, manutenção destes e combate à concorrência, como já visto), as ofertas com venda subsidiada de aparelhos são acompanhadas da exigência de vigência mínima de tempo do contrato de prestação do serviço de telecomunicação, após os usuários terem a elas aderido. São as chamadas cláusulas de carência, fidelização ou permanência.

A validade desse tipo de oferta é reconhecida pela própria ANATEL, que, no art. 57 da Resolução n. 632/2014, que instituiu o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC), prevê a possibilidade da prestadora “oferecer benefícios ao Consumidor e, em contrapartida, exigir que permaneça vinculado ao Contrato de Prestação do Serviço por um prazo mínimo”<sup>22</sup>.

No caso estudado, o *benefício* é justamente o desconto na aquisição do aparelho, no bojo de um contrato de compra e venda. Trata-se, pois, de um contrato autônomo, com objeto e alcance bem definidos. Já a *contrapartida*, por sua vez, é justamente a contratação e permanência em determinado

21 Em exemplo hipotético e para ilustrar o que se quer dizer, pensemos na seguinte promoção: sendo “X” o valor do plano de telefonia, o desconto sobre o preço original do aparelho será de R\$ 100,00; todavia, sendo “10X” o valor do plano de telefonia, o desconto sobre o preço original do aparelho será de R\$ 500,00.

22 “Art. 57. A Prestadora pode oferecer benefícios ao Consumidor e, em contrapartida, exigir que permaneça vinculado ao Contrato de Prestação do Serviço por um prazo mínimo.”

plano de serviço por um prazo mínimo, o que consubstancia nova relação jurídica, com objeto autônomo e distinto do primeiro contrato.

Assim, ao aderir à oferta, o usuário contrata também determinado plano de serviços, que, por sua vez, prevê um tempo mínimo obrigatório de vigência, que costumeiramente é de 12 meses, por força do art. 57, §1º da Resolução n. 632/2014 da ANATEL<sup>23</sup>. Ressalta-se que, atualmente, exige a ANATEL que o contrato para esse tempo mínimo de vigência, chamado de “Contrato de Permanência”, seja acordado em instrumento próprio, que não se confunde com o contrato de prestação do serviço, como se deduz do art. 57, §§ 2º e 3º de referida Resolução n. 632/2014<sup>24</sup>, o que, de forma alguma, altera a materialidade da oferta, tratando-se de mera formalidade procedimental.

Em síntese conclusiva, pois, o negócio jurídico em voga se desenvolve nos seguintes termos: o usuário adquire o aparelho celular por um preço inferior ao costumeiramente praticado, mas, para isso, se vincula a determinado serviço de telecomunicação, o qual prevê um período mínimo de vigência prefixado.

Se, por um lado, estes requisitos à fruição do desconto são, em regra, reproduzidos nos regulamentos das ofertas, por outro, os planos de serviço costumam prever também as consequências jurídicas advindas do inadimplemento da obrigação de o usuário permanecer vinculado a referidos planos por determinado tempo. Ou seja, acordam-se, no momento da adesão à oferta, inclusive as consequências jurídicas advindas da rescisão prematura do contrato de prestação de serviço de telecomunicação.

Essa consequência jurídica quase sempre é a imposição de multa por descumprimento de obrigação contratual, pois, mesmo as Operadoras tendo certa liberdade para estipular as sanções contratuais que melhor lhes aprouver, devem observar a regra do art. 58 da já referida Resolução

23 “Art. 57 [...] §1º O tempo máximo para o prazo de permanência é de 12 (doze) meses.”

24 “Art. 57. [...] § 2º Os benefícios referidos no caput devem ser objeto de instrumento próprio, denominado Contrato de Permanência, firmado entre as partes. § 3º O Contrato de Permanência não se confunde com o Contrato de Prestação do Serviço, mas a ele se vincula, sendo um documento distinto, de caráter comercial e regido pelas regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, devendo conter claramente: I – o prazo de permanência aplicável; II – a descrição do benefício concedido e seu valor; III – o valor da multa em caso de rescisão antecipada do Contrato; e, IV – o Contrato de Prestação de Serviço a que se vincula.”

n. 632/2014, pelo qual: “Art. 58. Rescindido o Contrato de Prestação de Serviço antes do final do prazo de permanência, a Prestadora pode exigir o valor da multa estipulada no Contrato de Permanência, a qual deve ser proporcional ao valor do benefício e ao tempo restante para o término do prazo de permanência.”.

Noutras palavras, o cliente optante por aderir à oferta de aparelho subsidiado, tem a faculdade de rescindir o contrato de telecomunicação a qualquer tempo; todavia, inobservada a exigência temporal sem justa causa a tanto<sup>25</sup>, deverá arcar com o pagamento de determinada quantia estipulada em contrato, a título de multa.

Sendo essa a formatação básica de ofertas desse tipo, não raro as Fiscalizações Estaduais lavram autuações fiscais para exigir a cobrança do *ICMS calculado sobre o valor dos descontos concedidos* aos usuários/adquirente, por considerarem que referidos descontos foram concedidos sob condição, devendo, portanto, compor a base de cálculo do ICMS, por força do supracitado art. 13, §1º, II, “a” da LC 87/96.

Geralmente assim o fazem se valendo de três corriqueiros argumentos, presentes em reiteradas autuações estaduais, a saber: (a) o desconto no preço do aparelho é *condicionado* à adesão do adquirente a determinado plano de serviço, sendo esta exigência, pois, uma *condição*; (b) o desconto fica *condicionado* à permanência mínima no plano de serviço de telecomunicação, logo, a observância desse prazo, seria uma *condição*; e (c) a multa prevista nesses contratos seriam, em verdade, a reversão (ou o cancelamento) do desconto inicialmente concedido, tratando-se de mera restituição dos valores abatidos anteriormente, ante a inobservância, pelo usuário/adquirente, de *condições* estipuladas nas disposições da oferta.

Assim, partindo, pois, desse corriqueiro modelo de contrato e, à luz do exposto nas páginas iniciais deste estudo, pretende-se, ao final, sejam respondidas as seguintes perguntas:

- (a) *os descontos concedidos por Operadoras de Telefonia no bojo destas ofertas promocionais, podem ser considerados descontos concedidos*

25 Ressalta-se que a própria Resolução n. 632/2014 traz hipóteses que afastam a obrigatoriedade ao pagamento da multa; é ver: “Art. 58 [...] Parágrafo único. É vedada a cobrança prevista no **caput** na hipótese de rescisão em razão de descumprimento de obrigação contratual ou legal por parte da Prestadora, cabendo a ela o ônus da prova da não-procedência do alegado pelo Consumidor.”.

*sob condição, por dependerem da contratação conjunta de um serviço de telecomunicação?*

- (b) *Em vista da obrigatoriedade de tempo mínimo de vigência, o prazo contratual de carência pode ser compreendido como condição, no sentido jurídico do termo?*
- (c) *A hipótese sustentada pelas Fiscalizações Estaduais acerca da possibilidade de se cancelar o desconto, restituindo os valores abatidos anteriormente, é juridicamente viável?*

É o que se passa a analisar abaixo.

#### **4. REQUISITOS CONTRATUAIS GERALMENTE EXIGIDOS PELAS OPERADORAS DE TELEFONIA PARA A CONCESSÃO DE DESCONTOS NA VENDA DE CELULARES SUBSIDIADOS E A INTERPRETAÇÃO DO SIGNIFICADO DA “CONDIÇÃO” EXIGIDA PELO ART. 13, §1º, II, “A” DA LC 87/96**

O primeiro ponto a ser analisado é se a vinculação do desconto na venda de aparelho celular à contratação de um determinado plano de serviço pode caracterizar uma *condição* propriamente dita. A nós, parece indutivo que não, senão, vejamos.

Como restou consignado acima, condição tem conceito doutrinário e legal consolidado (incorporado à LC 87/96), designando a subordinação dos *efeitos* de determinado negócio jurídico à ocorrência de *evento futuro e incerto*. Na hipótese presentemente analisada, todavia, o *desconto* no valor do aparelho celular é concedido de plano, no exato momento em que o usuário adere à oferta disponibilizada pelas Operadoras, nos termos acima descritos.

Assim, os efeitos do *desconto* não ficam vinculados a qualquer evento futuro ou mesmo incerto, já que presentes e observáveis única e exclusivamente no exato momento da adesão do usuário à oferta, com a aquisição do aparelho subsidiado e contratação do plano de serviços. Assim, não se sustenta dizer que o *desconto* só produzirá *efeitos* quando da verificação de *ato* ou *fato* superveniente (condição suspensiva), ou mesmo que permanecerá produzindo *efeito* até que sobrevenha determinado *evento* (condição resolutiva).

Nesse sentido, pode-se dizer que o *evento* a que o desconto se subordinaria (ou seja, a *adesão ao plano de telecomunicação*), e o próprio desconto, ocorrem em momentos lógicos concomitantes, a saber: no exato momento de adesão à oferta. E nesse mesmo momento já é possível aferir a concretização ou não da – suposta – “condição” (no sentido impróprio do termo). Logo, descaracterizado estaria o instituto, por ausência de futuridade e incerteza<sup>26</sup>.

Nessa hipótese, portanto, tem-se somente o adimplemento ou não de requisitos estabelecidos previamente pelo Ofertante à concessão e fruição de desconto, no bojo de contrato comercial. Cumpridas as exigências, deve-se conceder o desconto (art. 429, CC); lado outro, descumprida alguma, desobrigado estará o vendedor do abatimento no preço. Estas exigências, definitivamente, não constituem qualquer *condição*, no sentido jurídico do termo.

A controvérsia quanto à classificação de determinado desconto como *condicionado ou não*, decorre da confusão que geralmente se instaura ao se adotar o conceito popular, vulgar, de *condição*, como se jurídico fosse, em inobservância à sistematicidade do direito, com conceituações, conotações e denotações próprias, que, ao longo do tempo, foram desenvolvidas pelo próprio direito. No presente caso, a confusão é agravada pelo fato do próprio direito se valer da expressão “*condição*” para designar materialidades distintas, tal como se observa nas expressões “*condição de validade*”, “*condição de capacidade*”, que não passam de *requisitos dos negócios jurídicos*<sup>27</sup>.

Para o caso de se aferir se os descontos são condicionados ou não, no entanto, é imperioso que, com adiantado acima, se adote o estrito conceito do art. 121 do CC/2002 (art. 114 do CC/1916), como, inclu-

26 Como nos elucida Caio Mário: “Não há incerteza, e, pois, não há condição, se o agente estiver em dúvida sobre a ocorrência, mas esta for objetivamente certa. A futuridade é indispensável. SE o acontecimento já estiver concretizado no momento em que se realiza a declaração de vontade (“*conditio in praesens vel in preteritum collata*”) ou apenas for desconhecido do agente (incerteza subjetiva), não há negócio condicional, por lhes faltarem os requisitos integrativos: ou o acontecimento já se verificou e o negócio é plenamente desenvolvido, ou sua verificação é frustra, e o negócio se não chegou a formar.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol.1. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pg. 476).

27 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol.1. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pg. 475.

sive, por diversas vezes, já declarou o Superior Tribunal de Justiça<sup>28</sup>. Mas não é só; há também uma razão lógica, de coerência sistêmica, que leva à prevalência da acepção jurídica de condição à acepção popular no presente caso. Vejamos.

Tratando-se de operações mercantis, em que o livre comércio é a regra, é comum que os descontos sejam concedidos pelo vendedor em percentuais variáveis, a depender das individualidades de cada um dos casos. Em ilustrativo exemplo do que se pretende dizer, basta verificarmos que o preço praticado no atacado é, quase sempre, menor do que o preço praticado no varejo. Como regra geral, podemos afirmar que o percentual do desconto aumenta à medida que mais mercadorias são adquiridas.

Ora, em todos esses casos, para o desconto ser concedido/fruído, alguns requisitos (ou “condições”, em sentido impróprio do termo) tiveram de ser observados (como, por exemplo, a aquisição de 10 produtos, ao invés de apenas 1), não podendo estes requisitos serem designados pelo termo “condição”, sob pena de se esvaziar o sentido da norma prevista no art. 13, §1º, II, “a” da LC 87/96, já que, simplesmente, inexistiria hipótese de concessão de desconto desvinculada de qualquer “condição”.

Essa, definitivamente, não é a conclusão que deve ser adotada no caso, já que o próprio STJ, em sede de recurso repetitivo, reconheceu o caráter incondicionado dos descontos concedidos por meio das chamadas mercadorias dadas em bonificação, situação classificada pela Corte como “modalidade de desconto que consiste na entrega de uma maior quantidade de produto vendido em vez de conceder uma redução do valor da venda”, declarando, ainda, ser a literalidade do art. 13 da Lei Complementar n. 87/96 “suficiente para concluir que a base de cálculo

28 Nesse sentido: “Com relação à exigência do ICMS sobre descontos incondicionais/bonificação, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça envereda no sentido de que: [...] os descontos incondicionais concedidos nas operações mercantis, assim entendidos os abatimentos que não se condicionam a evento futuro e incerto, podem ser excluídos da base de cálculo do ICMS, pois implicam a redução do preço final da operação de saída da mercadoria. Precedentes: REsp 432472/SP, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14.02.2005 e REsp 508057/SP, 1ª Seção, Min. Castro Meira, DJ de 16.11.2004.2.’ (REsp n. 783184/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki)” (REsp 873.203/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, jul. 17/04/2007, DJ: 07/05/2007)

do ICMS nas operações mercantis é aquela efetivamente realizada, não se incluindo os “descontos concedidos incondicionais”.<sup>29</sup>

Dúvidas, pois, não parecem remanescer, no sentido de que o conceito de desconto empregado pelo art. 13, §1º, II, “a” da LC 87/96 é o positivado pelo Direito Civil brasileiro, pelas razões acima expostas.

Em segundo lugar, e aproveitando o que exposto até agora, devemos perquirir se a obrigatoriedade de vigência do contrato de prestação do serviço de telecomunicação ao longo de um período mínimo de tempo (geralmente 12 meses), pode-se caracterizar a *condição* do art. 121 do CC/2002 (art. 114, do CC/2016). Nesse ponto as controvérsias são mais frequentes, a demandar maior cuidado e demora na análise, como se verá.

A obrigatoriedade de o contrato de prestação de serviço de telecomunicação permanecer válido por 12 meses, à luz do presente estudo, pode ser interpretada, basicamente, por três pontos-de-vista, a saber: (a) o desconto no aparelho somente será concedido ao usuário se o contrato de telecomunicação permanecer vigente por 12 meses (condição suspensiva); (b) o desconto no aparelho vigorará desde o momento de adesão à oferta, cessando seus efeitos, todavia, caso o contrato do serviço de telecomunicação seja rescindido antes de transcorrido o prazo mínimo de 12 meses (condição resolutiva); ou (c) o desconto é concedido no momento da adesão à oferta, por meio da qual, simultaneamente, o usuário adquire o aparelho celular por um preço com desconto e contrata um plano de serviços de telecomunicação, o qual prevê tempo mínimo de vigência de 12 meses.

Na primeira hipótese (situação “a”), para o usuário adquirir direito ao desconto, a ser concedido ao final do 12º mês, deverá manter, ao longo de todo esse tempo, contrato de serviço de telecomunicação. Assim, transcorridos 12 meses, poderá finalmente realizar o pagamento pela aquisição do aparelho celular, com o abatimento correspondente ao desconto anteriormente prometido. Mas, ressalta-se: o próprio preço, desconto e pagamento restaram postergados para o final do 12º mês, inexistindo, ao longo desse período, a efetivação da “compra e venda”.

29 REsp 111156/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, jul. 14/10/2009, DJe 22/10/2009.

Ora, nesse caso hipotético, parece-nos objetivamente presentes os requisitos à caracterização da *condição*. Afinal, tomando o desconto como um negócio jurídico, seus efeitos restaram, por vontade do vendedor e comprovador, *condicionado* à vigência do plano pelo prazo dos 12 meses subsequentes. A verificação, portanto, da existência desse evento (o que pode ou não ocorrer, frise-se), somente será possível em momento futuro, evidenciando, assim, sua *futuridade e incerteza*.

Ocorre que, a nossos olhos, essa modalidade de contrato, em que o usuário precisa ficar vinculado a determinado plano de comunicação para, somente a partir daí, conseguir o desconto no aparelho, não costuma ser adotada pelas Operadoras de Telefonia. E a razão a tanto, parece-nos indutiva: a aquisição do aparelho celular somente poderia ser feita após 12 meses, não sendo, portanto, tão atrativa aos usuários/adquirentes, tal como a oferta que oferecesse a venda do aparelho imediatamente.

Além disso, há a questão tributária. Sendo condicionado o desconto concedido nesses termos, sobre o valor decrescido do preço a título de desconto deve incidir o ICMS, como visto acima. Assim, esta não é uma modalidade de oferta que costuma ser adotada pelas Operadoras.

Quanto à segunda hipótese (situação “b”), poder-se-ia pensar também na concessão do desconto sobre o aparelho no exato momento de adesão à oferta, cessando seus efeitos, todavia, caso o contrato do serviço de telecomunicação seja rescindido antes de transcorrido o prazo mínimo de 12 meses (condição resolutiva).

Ora, nesse caso, parece-nos simplesmente uma hipótese impossível, devendo a *condição* ser declarada inexistente, nos termos do art. 124 do CC30, já que o objeto do desconto se exauriu tão logo definido o preço do aparelho celular, tornando certa e líquida a obrigação do devedor (“preço”), no momento da adesão à oferta. Não há que se falar em revogação ou cancelamento retroativo do desconto, justamente porque, no momento da compra e venda do aparelho (adesão à oferta), *um dos contratantes* [leia-se: vendedor, ou seja, a Operadora] *se obrigou a transferir o*

---

30 “Art. 124. Têm-se por inexistentes as condições impossíveis, quando resolutivas, e as de não fazer coisa impossível.”

*domínio de certa coisa, e o outro [leia-se: o comprador, usuário], a pagar-lhe certo preço em dinheiro”, nos termos do art. 481 do CC.*

Sendo, pois, o preço da compra e venda definido no momento de adesão à oferta, perfectibilizado, pois, estará o negócio jurídico, não havendo que se cogitar da possibilidade de modificação do “*certo preço em dinheiro*”, por cancelamento retroativo do desconto. Tal hipótese é juridicamente impossível. Analogamente ao que se observou na análise do primeiro ponto logo acima desenvolvida, observadas as exigências da oferta à fruição do desconto, este deve ser concedido pela Operadora no exato momento da adesão do usuário àquela mesma oferta, não *permanecendo vigente ao longo do tempo* e subordinado a *condição resolutiva*.

Por essas razões, temos a convicção se tratar de erronia jurídica pretender classificar como condicionados os descontos concedidos sobre a venda de aparelhos celulares subsidiados, no exato momento de adesão à oferta conjunta, ante a impossibilidade lógico-jurídica de condicioná-lo a evento futuro e incerto. Essa modalidade de desconto consubstancia ato jurídico perfeito, pronto e acabado, insuscetível a condições.

Em verdade, e aqui passamos à última hipótese (situação “c”) o requisito que costumeiramente se imputa ao usuário/adquirente no bojo de ofertas como a presentemente analisada para a fruição do desconto no valor do aparelho, é a contratação de plano de telecomunicação, o qual, todavia, vincula-se a contrato de carência (fidelização ou permanência, tanto faz), nos termos do art. 57 da Resolução 632/2014 da ANATEL. Ou seja, o desconto é vinculado à contratação de determinado plano de serviços – e só. Isso, por sua vez, não pode caracterizar condição, por ausência de *subordinação a evento futuro e incerto* (frisa-se: a aquisição do celular; o desconto e a contratação do plano de serviços de comunicação se dão em momentos lógico-jurídicos simultâneos).

Mas, se adotarmos a conclusão da impossibilidade jurídica de revogação retroativa do desconto pela superveniência de eventual condição resolutiva, como, pois, devem ser juridicamente classificados os valores devidos pelos usuários/adquirentes, na hipótese de cancelamento prematuro do contrato de telecomunicação, ou seja, antes de transcorrido o prazo previsto em contrato? É que se verá em seguida.

## 5. DA CORRETA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DOS VALORES DEVIDOS PELOS USUÁRIOS/ADQUIRENTES NA HIPÓTESE DE CANCELAMENTO PREMATURO DO CONTRATO DE TELECOMUNICAÇÃO, APÓS FRUIÇÃO DO DESCONTO NA AQUISIÇÃO DE APARELHO CELULAR SUBSIDIADO PELA OPERADORA. SANÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL

Como visto acima, nos contratos em que o desconto no preço do aparelho é concedido ao usuário/contratante no momento de sua adesão ao plano de telecomunicação (modelo padrão), torna-se juridicamente impossível sustentar a revogação retroativa daquele desconto ou sua restituição, provocada por inadimplemento de condição. Para que não remanesçam dúvidas: o *pré-requisito* à fruição do desconto é a contratação conjunta do serviço de telecomunicação. Inexiste, na hipótese, *condição*, no sentido jurídico do termo; o desconto é *puro* e *simples*<sup>31</sup>.

Ocorre que, ao cancelar prematuramente o plano de serviços de telecomunicação contratado por ocasião da fruição do desconto no preço de compra do aparelho celular, está o usuário/adquirente descumprindo cláusula contratual vinculada ao próprio contrato de telecomunicação – e não ao contrato de compra e venda de equipamento. É a consequência jurídica por descumprimento de seus termos já era conhecida desde o momento em que se fez a adesão à oferta, ou seja, multa pela quebra da justa expectativa de vigência daquele contrato de telecomunicação pelo prazo estipulado, nos termos do supracitado art. 58 da Resolução n. 632/2014 da ANATEL.

Vê-se, assim, ser incorreto classificar os valores previstos nos contratos a título de multa como reversão, cancelamento, estorno, devolução, *et caterva*, do desconto originariamente concedido, justamente por decorrerem de situações próprias, especificadas em contrato e autonomamente verificadas. O desconto adveio de negócio jurídico firmado entre usuário/adquirente e Operadora de Telefonia, no bojo de oferta comercial; a

31 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol.1. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pg. 473.

multa, por sua vez, tornou-se devida após descumprimento de obrigação contratual. As situações são visivelmente distintas.

Nesse ponto, ressaltamos que, por imposição regulatória, o valor cobrado a título de multa deve ser “proporcional ao valor do benefício e ao tempo restante para o término do prazo de permanência” (art. 58 da Resolução 632/2014). Logo, cai por terra, também, eventual argumento no sentido de que a multa cobrada pela rescisão prematura corresponderia ao exato valor do desconto concedido na aquisição do aparelho, sendo a reversão ou o cancelamento deste.

Em verdade, será *o valor do benefício e o tempo restante para o término do prazo de permanência* os fatores determinantes à fixação do valor da multa. E, devendo a multa ser proporcional, *maior será seu valor quanto maior for o valor do benefício e mais tempo faltar para o término do prazo de permanência*.

Ao pretender, portanto, dar tratamento jurídico às multas, como se cancelamento de desconto fossem, desconsidera o Fisco a natureza e validade dos contratos autônomos firmados entre particulares, com condições previamente estabelecidas, o que somente pode ser admitido, em preservação da segurança jurídica, nas estritas hipóteses do art. 116, parágrafo único, do CTN.

Por referido dispositivo: “*Art. 116 [...] Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.*”.

Duas, pois, são as hipóteses legalmente previstas à desconsideração do negócio jurídico, a saber: **(a)** *atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo*; ou **(b)** *atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária*.

Assim, passa a ser da Fiscalização o ônus argumentativo para enquadrar a conduta das Operadoras de Telefonia em alguma dessas hipóteses, com observância a todos os requisitos gerais exigidos pela legislação e jurisprudência a tanto. A existência de três contratos autônomos no bojo de uma mesma oferta, todavia, definitivamente não pode ser com-

preendida como razão legítima e suficiente a tanto, já que a existência individualizada de cada um deles é amparada por razões jurídicas, lógicas e regulatórias, como a essa altura já resta evidenciado.

Em decorrência, inexistentes fundamentadas justificativas à descon-sideração do negócio jurídico, nos termos do art. 116, parágrafo único, do CTN, os valores devidos pelos usuários/adquirentes na hipótese de cancelamento prematuro do contrato de telecomunicação, devem ser considerados como efetivas *multas contratuais*, ou seja, sanções contra-tualmente estipuladas por quebra de condições daquele mesmo contrato. Enquanto tais, também intributáveis pelo ICMS, já que fora das hipóteses de incidência do tributo.

Assim, no bojo de um contrato padrão e regular de *venda de aparelho subsidiada*, tanto serão intributáveis os descontos concedidos pela mera exigência da contratação conjunta de um plano de serviços de telecomu-nicação, como serão alheias à incidência do ICMS as multas contratuais cobradas por eventual rescisão prematura do contrato de telecomunicação.

## 6. Conclusões.

A exposição consubstanciada neste artigo restou dividida em quatro partes, a saber: (a) a delimitação do sentido jurídico da norma jurídica pela qual *o ICMS deve incidir sobre descontos condicionados*; (b) a fixação de um modelo padrão da oferta de *venda subsidiada de aparelhos*; (c) a análise da *incidência do ICMS sobre os descontos concedidos no bojo destas ofertas*; e (d) a classificação dos *valores devidos pelos usuários/adquirentes na hipótese de cancelamento prematuro do contrato de telecomunicação*, após fruição daquele desconto.

Da análise pormenorizada de cada um destes pontos, pode-se, por fim, extrair respostas objetivas aos questionamentos formulados no corpo deste estudo, como se vê abaixo:

(a) *Os descontos concedidos por Operadoras de Telefonia no bojo destas ofertas promocionais, podem ser considerados descontos concedidos sob condição, por dependerem da contratação conjunta de um serviço de telecomunicação?*

Como visto, quando o *desconto* no valor do aparelho celular é con-cedido de plano, no exato momento em que o usuário adere à oferta disponibilizada pelas Operadoras, seus efeitos não ficam vinculados a qualquer evento futuro ou mesmo incerto, já que presentes e observáveis

única e exclusivamente no exato momento da adesão do usuário à oferta, com a aquisição do aparelho subsidiado e contratação do plano de serviços. Assim, não se sustenta dizer que o *desconto* só produzirá *efeitos* quando da verificação de *ato* ou *fato* superveniente (condição suspensiva), ou mesmo que permanecerá produzindo *efeito* até que sobrevenha determinado *evento* (condição resolutiva).

Noutras palavras, o fato de a concessão do desconto depender da contratação conjunta de um serviço de telecomunicação não pode ser considerado uma *condição*, no sentido jurídico do termo, já que, ambos os eventos ocorrem em momentos lógicos concomitantes, ou seja, no exato momento de adesão à oferta, restando descaracterizado o instituto, por ausência de futuridade e incerteza.

(b) *Em vista da obrigatoriedade de tempo mínimo de vigência, o prazo contratual de carência pode ser compreendido como condição, no sentido jurídico do termo?*

Quanto à vinculação do desconto à obrigatoriedade de tempo mínimo de vigência do contrato de telecomunicação, somente há que se falar em *condição* se o desconto for concedido e usufruído pelo usuário após transcorrido esse prazo (condição suspensiva). Isso porque, nessa hipótese, tomando o desconto como um negócio jurídico, seus efeitos restaram, por vontade do vendedor e comprovador, *condicionado* à vigência do plano por determinado prazo. A verificação, portanto, da existência desse evento (ou seja, *a vigência do contrato ao longo do prazo estipulado*), somente será possível em momento futuro, evidenciando, assim, sua *futuridade e incerteza*.

Situações jurídicas diversas, todavia, se observam nas hipóteses pelas quais o desconto no aparelho vigorará desde o momento de adesão à oferta, cessando seus efeitos, todavia, caso o contrato do serviço de telecomunicação seja rescindido antes de transcorrido o prazo mínimo estipulado (condição resolutiva); ou o desconto será concedido no momento da adesão à oferta, por meio da qual, simultaneamente, o usuário adquire o aparelho celular por um preço com desconto e contrata um plano de serviços de telecomunicação, o qual prevê tempo mínimo de vigência (condição inexistente).

Na primeira hipótese, trata-se de situação impossível, devendo a *condição* ser declarada inexistente, nos termos do art. 124 do CC, já que o objeto do desconto se exauriu tão logo definido o preço do aparelho, tornando certa e líquida a obrigação do devedor (“preço”), no momento da adesão à oferta. Não há que se falar em revogação ou cancelamento retroativo do desconto, justamente porque, no momento da compra e venda do aparelho, *um dos contratantes* [leia-se: vendedor, ou seja, a Operadora] *se obrigou a transferir o domínio de certa coisa, e o outro* [leia-se: o comprador, usuário], *a pagar-lhe certo preço em dinheiro*”, nos termos do art. 481 do CC.

Por essas razões, trata-se de *erroria* jurídica pretender classificar como condicionados, os descontos concedidos sobre a venda de aparelhos celulares subsidiados, no exato momento de adesão à oferta conjunta, ante a impossibilidade lógico-jurídica de condicioná-lo a evento futuro e incerto. Essa modalidade de desconto consubstancia ato jurídico perfeito, pronto e acabado, insuscetível a condições.

Já na hipótese de adesão à oferta por meio da qual, simultaneamente, o usuário adquire o aparelho celular por um preço com desconto e contrata um plano de serviços de telecomunicação, o qual, por sua vez, se vincula a contrato de permanência (nos termos do art. 57 da Resolução 632/2014 da ANATEL), o desconto é subordinado à contratação de determinado plano de serviços – e só. Também nesse caso não há que se falar em *condição* em sentido jurídico, por ausência de *subordinação a evento futuro e incerto* (frisa-se: a aquisição do celular; o desconto e a contratação do plano de serviços de comunicação se dão em momentos lógico-jurídicos simultâneos).

Logo, somente há que se falar na existência de *condição* e, portanto, em incidência do ICMS, na hipótese de o desconto no aparelho ser concedido/fruído após transcurso do prazo mínimo de vigência do serviço de telecomunicação. Sendo o desconto verificável desde o momento da adesão à oferta de venda subsidiada de aparelhos, não há como vinculá-lo a qualquer condição, não devendo, pois, ser tributado pelo ICMS.

(c) *A hipótese sustentada pelas Fiscalizações Estaduais acerca da possibilidade de se cancelar o desconto, restituindo os valores abatidos anteriormente, é juridicamente viável?*

Não procede, portanto, a tentativa das Fiscalizações Estaduais de classificar as multas por cancelamento prematuro do contrato de telecomunicação como a reversão (ou o cancelamento) do desconto inicialmente concedido, afirmando se tratar de mera restituição dos valores abatidos anteriormente, ante a inobservância, pelo usuário/adquirente, de *condições* estipuladas nas disposições da oferta.

Nos contratos em que o desconto no preço do aparelho é concedido ao usuário/contratante no momento de sua adesão ao plano de telecomunicação (modelo padrão), torna-se juridicamente impossível sustentar a revogação retroativa daquele desconto ou sua restituição, provocada por inadimplemento de condição. O desconto foi dado e seus efeitos se consumaram no exato momento de adesão à oferta, posto que o *pré-requisito* à fruição do desconto era a contratação conjunta do serviço de telecomunicação, inexistindo, na hipótese, *condição*, em sentido jurídico do termo.

Logo, ao cancelar prematuramente o plano de serviços de telecomunicação contratado por ocasião da fruição do desconto no preço de compra do aparelho celular, está o usuário/adquirente descumprindo cláusula contratual vinculada ao próprio contrato de telecomunicação – e não ao contrato de compra e venda de equipamento. E a consequência jurídica por descumprimento de seus termos, já era conhecida desde o momento em que se fez a adesão à oferta, ou seja, multa pela quebra da justa expectativa de vigência daquele contrato de telecomunicação pelo prazo estipulado, que deve ser proporcional ao valor do benefício e ao tempo restante para o término do prazo de permanência, nos termos do supracitado art. 58 da Resolução n. 632/2014 da ANATEL.

Verifica-se, pois, ser incorreto classificar os valores previstos nos contratos a título de multa como reversão, cancelamento, estorno, devolução, *et cetera*, do desconto originariamente concedido, justamente por decorrerem de situações próprias, especificadas em contrato e autonomamente verificadas. O desconto adveio de negócio jurídico firmado entre usuário/adquirente e Operadora de Telefonia, no bojo de oferta comercial; a multa, por sua vez, tornou-se devida após descumprimento de obrigação contratual. As situações são visivelmente distintas.

Ao pretender, portanto, conferir tratamento jurídico às multas, como se cancelamento de desconto fosse, desconsidera o Fisco a natureza e validade dos contratos autônomos firmados entre particulares, com condições previamente estabelecidas, o que somente pode ser admitido, em preservação da segurança jurídica, nas estritas hipóteses do art. 116, parágrafo único, do CTN. Mesmo nessa hipótese, passa a ser da Fiscalização o ônus argumentativo para enquadrar a conduta das Operadoras de Telefonia em alguma das situações previstas no art. 116, parágrafo único do CTN, não bastando a tanto a existência de três contratos autônomos no bojo de uma mesma oferta, já que a existência individualizada de cada um deles é amparada por razões jurídicas, lógicas e regulatórias, como restou demonstrado por este artigo.