



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 816.512 - PI (2006/0020865-7)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX
RECORRENTE : TELEPISA CELULAR S/A
ADVOGADO : CLEODON FONSECA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO PIAUÍ
PROCURADOR : AGAPITO MACHADO JUNIOR E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS SOBRE HABILITAÇÃO, LOCAÇÃO DE APARELHOS CELULARES E ASSINATURA (ENQUANTO CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO). SERVIÇOS SUPLEMENTARES AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. "FACILIDADES ADICIONAIS" DE TELEFONIA MÓVEL CELULAR. SÚMULA 07 DO STJ. ART. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

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. (Precedentes: REsp 945037/AM, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 03/08/2009; REsp 666.679/MT, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 17/12/2008; REsp 909.995/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 25/11/2008; REsp 1022257/RS, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 17/03/2008) REsp 703695 / PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20/09/2005; REsp 622208 / RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17/05/2006; REsp 418594 / PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 21/03/2005; RMS 11368 - MT, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 09/02/2005).

2. "Este Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Convênio 69, de 19.6.1998, concluiu, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação."

3. Deveras, apreciando a questão relativa à legitimidade da cobrança do ICMS sobre o procedimento de habilitação de telefonia móvel celular, ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção firmaram entendimento no sentido da inexigibilidade do tributo, à consideração de que a atividade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habilitação não se incluía na descrição de serviço de telecomunicação constante do art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96, por corresponder a "procedimento tipicamente protocolar, (...) cuja finalidade prende-se ao aspecto preparatório e estrutural da prestação do serviço", serviços "meramente acessórios ou preparatórios à comunicação propriamente dita", "meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação" (RESP 402.047/MG, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2003 e do EDcl no AgRg no RESP 330.130/DF, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 16.11.2004).

3. Outrossim, a própria 1ª Seção no RMS n.º 11.368/MT consagrou o entendimento no sentido de que:

[...]

I - No ato de habilitação de aparelho móvel celular incorre qualquer serviço efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações.

II - O ICMS incide, tão somente, na atividade final, que é o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre o ato de habilitação do telefone celular, que se afigura como atividade meramente intermediária.

III - O Convênio ICMS nº 69/98, ao determinar a incidência do ICMS sobre a habilitação de aparelho móvel celular, empreendeu verdadeira analogia extensiva do âmbito material de incidência do tributo, em flagrante violação ao art. 108, § 1º do CTN.

[...]

(RMS 11368/MT, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 13/12/2004, DJ 09/02/2005 p. 182)

4. A doutrina do tema assenta que:

a) "o tributo em tela incide sobre a prestação dos serviços de comunicação (atividade-fim); não sobre os atos que a ela conduzem (atividades-meio). A simples disponibilização, para os usuários, dos meios materiais necessários à comunicação entre eles ainda não tipifica a prestação do serviço em exame, mas simples etapa necessária à sua implementação";

b) "a Constituição autoriza sejam tributadas as prestações de serviços de comunicação, não é dado, nem ao legislador, nem muito menos ao intérprete e ao aplicador, estender a incidência do ICMS às atividades que as antecedem e viabilizam";

c) "a série de atos que colocam à disposição dos usuários os meios e modos aptos à prestação dos serviços de comunicação é etapa propedêutica, que não deve ser confundida com a própria prestação destes serviços. Não tipificando o fato impositivo do ICMS-Comunicação, está, pois, fora de seu campo de incidência. De outro lado, é importante termos presente que estas atividades-meio são levadas a efeito em benefício da própria pessoa que realiza o serviço. Têm por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

escopo, apenas, possibilitar as atividades-fim, que, estas sim - aproveitam a terceiros."

5. O Convênio ICMS nº 69/98 dilargou o campo de incidência do ICMS ao incluir em seu espectro as atividades-meio ao serviço de comunicação, sendo certo que referida inclusão não tem respaldo em Lei Complementar, forma exclusiva de normação do *thema iudicandum*.

6. Destarte, em recentes decisões, concluiu o Egrégio STJ:

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CONVÊNIO 69/98. SERVIÇO DE INSTALAÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA FIXA. SERVIÇO INTERMEDIÁRIO AO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. LEI KANDIR. LEI DAS TELECOMUNICAÇÕES. NÃO-INCIDÊNCIA DE ICMS. INEXISTÊNCIA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE PREVISÃO PELO CONVÊNIO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO APENAS PELA FAZENDA ESTADUAL. DECISÃO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. REFORMATIO IN PEJUS INDEVIDA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Convênio 69, de 19.6.1998, concluiu, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação; (b) o serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso; (c) o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1º, do CTN. Assim, não pode o Convênio 69/98 aumentar o campo de incidência do ICMS, porquanto isso somente poderia ser realizado por meio de lei complementar.

2. Os serviços de instalação de linha telefônica fixa não são considerados serviços de comunicação propriamente ditos, nos termos da Lei Kandir e da Lei Geral de Telecomunicações, mas serviços de natureza intermediária. Não deve, portanto, incidir ICMS sobre essa atividade, pois não há previsão legal nesse sentido, existindo apenas o Convênio 69/98 que disciplina a matéria, no entanto, de forma indevida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. É inviável reformar o acórdão recorrido a favor da parte que não interpôs recurso especial, a fim de que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, seja considerada indevida a incidência de ICMS sobre os serviços de instalação de telefone fixo, pois, na espécie, estar-se-ia promovendo reformatio in pejus contra a parte recorrente.

4. Se apenas uma das partes interpõe recurso especial, é vedado ao Tribunal agravar sua situação.

5. Recurso especial desprovido."(REsp 601.056/BA, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 03.04.2006)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 1º DA LEI N.º 1.533/51. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. ICMS. TELEFONIA MÓVEL CELULAR. ATIVIDADES MERAMENTE PREPARATÓRIAS OU DE ACESSO AOS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. CONVÊNIO N.º 69/98, CLÁUSULA PRIMEIRA. ILEGALIDADE.

(omissis)

2. As atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação não podem ser entendidas como "serviço de telecomunicação" propriamente dito, de modo que estão fora da incidência tributária do ICMS. Não tem amparo, portanto, na Lei Complementar n.º 87/96 a cláusula primeira do Convênio n.º 69/98, que inclui as referidas atividades preparatórias na base de cálculo do ICMS-comunicação. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido. (REsp 622208 / RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17/05/2006)

7. O Convênio do ICMS 69/88, antes da LC 87/96, na visão do E. STF, representava instrumento normativo provisório, sucedâneo da lei complementar referida pela Constituição em seu art. 146, III, "a", nos termos do art. 34, § 8º, do ADCT/98. Conseqüentemente, após esse período, o campo do convênio não se confunde com o da Lei Complementar mas, antes, a ela deve subsumir-se, reservando-se a esses atos normativos secundários, as estratégias que evitem o confronto fiscal entre os Estados, como revela a vontade constitucional, fator influente na exegese, no dizer de Peter Häberle, segundo o qual a Constituição tem uma vontade, que é a vontade constitucional, e qualquer interpretação de norma jurídica tem que partir, necessariamente, desse escopo constitucional e de seus princípios.

8. À míngua de detalhamento, *in casu*, pelas decisões prolatadas na instância de origem, sobre os serviços que estariam inseridos no amplo conceito de "**facilidades adicionais**", não cabe a este Tribunal Superior o exame da questão, porquanto escapa à competência do E. STJ averiguar os serviços propriamente ditos que se encaixam no conceito pressuposto de comunicação, por que a isso equivaleria a análise fática, vedada pela Súmula 07 do STJ, sem prejuízo de a vagueza do pleito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

descaracterizar o direito líquido e certo. (Precedentes: REsp 945037/AM, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 03/08/2009; REsp 1022257/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008).

9. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

10. Recurso especial parcialmente provido, para afastar a incidência do ICMS sobre as atividades de habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação), entre outros serviços, que configurem atividade-meio ou serviços suplementares, consoante jurisprudência pacificada desta Corte Superior, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 816.512 - PI (2006/0020865-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto por TELEPISA CELULAR S/A, com fulcro nas alíneas "a" e "b", do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, que restou assim ementado:

DIREITO TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DO ICMS NOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. CONSTITUCIONALIDADE DO CONVÊNIO ICMS Nº 69/98.

A hipótese de incidência do ICMS nos serviços de telecomunicações envolve não apenas a comunicação em si, mas também as atividades necessárias a possibilitar a oferta de transmissão, emissão ou recepção de informações de qualquer natureza - art. 60, da Lei 9.472/97.

Recurso provido à unanimidade.

Noticiam os autos que a recorrente ajuizou ação, objetivando a declaração incidental de inconstitucionalidade do Convênio 69/98 e do Decreto Estadual 7.560/89, com a consequente declaração de inexistência de relação jurídica entre os litigantes, bem assim o direito de depositar os valores controvertidos. Alegou a ilegalidade da incidência do ICMS sobre atividades acessórias, que não configuram serviços de telecomunicações, mais especificamente os seguintes: acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim os serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizam e agilizam o processo de comunicação.

Sobreveio sentença de procedência do pedido.

O Tribunal Estadual deu provimento à apelação da Fazenda Estadual, nos termos da ementa retrotranscrita.

Foram opostos embargos de declaração, que restaram desprovidos.

Nas razões recursais, alegou-se violação dos arts. 535 do CPC, por ausência de prestação jurisdicional; 97, do CTN; 4º, § 2º, da LC 24/75; 60, *caput* e § 1º, e 61, da Lei 9.472/97; 2º, II, da LC 87/976; e 6º, item 52, do Anexo ao Decreto 97.057/88, ao argumento de que o conceito de telecomunicações deveria ser interpretado de forma sistemática, e não consoante efetuado pelo Tribunal, que, com arrimo no Convênio 69/98, incluiu os meios necessários à prestação dos referidos serviços. Assim, a habilitação, instalação, adesão, ativação,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disponibilidade e assinatura não poderiam ter sido qualificados como serviços de telecomunicação, bem assim os serviços suplementares e as facilidades adicionais, denominados, pela Lei 9.427/97, art. 61, § 1º, como serviços de valor adicionado. Destarte, ao considerar válido o aludido Convênio, o Tribunal contrariou lei federal, qual seja, a LGT.

Foram oferecidas contra-razões ao apelo, que restou admitido na instância de origem.

Foi intentado recurso extraordinário.

Parecer do Ministério Público, opinando pelo provimento do recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ICMS. INCIDÊNCIA. SERVIÇOS SUPLEMENTARES AO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES (ATIVIDADE-MEIO). IMPOSSIBILIDADE. "(...) 2. A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS-COMUNICAÇÃO (LC 87/96; ART. 2º, III) NÃO PERMITE A EXIGÊNCIA DO TRIBUTO COM RELAÇÃO A ATIVIDADES MERAMENTE PREPARATÓRIAS AO "SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO" PROPRIAMENTE DITO, COMO SÃO AQUELAS CONSTANTES NA CLÁUSULA PRIMEIRA DO CONVÊNIO ICMS 69/98. 3. NO DIREITO TRIBUTÁRIO, EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE FECHADA, A INTERPRETAÇÃO SEMPRE DEVE SER ESTRITA, TANTO PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS, QUANTO PARA EXIGÊNCIA DE TRIBUTOS. À MÍNGUA DE LEI, NÃO É LÍCITA A DILATAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS-COMUNICAÇÃO IMPLEMENTADA PELO CONVÊNIO ICMS 69/98 (ART. 97, § 1º, DO CTN)". PRECEDENTES DO STJ. "O ICMS NÃO INCIDE SOBRE O SERVIÇOS DE HABILITAÇÃO DE TELEFONE CELULAR" (SÚMULA 350/STJ). PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO.

É relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 816.512 - PI (2006/0020865-7)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS SOBRE HABILITAÇÃO, LOCAÇÃO DE APARELHOS CELULARES E ASSINATURA (ENQUANTO CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO). SERVIÇOS SUPLEMENTARES AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. "FACILIDADES ADICIONAIS" DE TELEFONIA MÓVEL CELULAR. SÚMULA 07 DO STJ. ART. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

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. (Precedentes: REsp 945037/AM, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 03/08/2009; REsp 666.679/MT, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 17/12/2008; REsp 909.995/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 25/11/2008; REsp 1022257/RS, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 17/03/2008) REsp 703695 / PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20/09/2005; REsp 622208 / RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17/05/2006; REsp 418594 / PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 21/03/2005; RMS 11368 - MT, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 09/02/2005).

2. "Este Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Convênio 69, de 19.6.1998, concluiu, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação."

3. Deveras, apreciando a questão relativa à legitimidade da cobrança do ICMS sobre o procedimento de habilitação de telefonia móvel celular, ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção firmaram entendimento no sentido da inexigibilidade do tributo, à consideração de que a atividade de habilitação não se incluía na descrição de serviço de telecomunicação constante do art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96, por corresponder a "procedimento tipicamente protocolar, (...) cuja finalidade prende-se ao aspecto preparatório e estrutural da prestação do serviço", serviços "meramente acessórios ou preparatórios à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comunicação propriamente dita", "meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação" (RESP 402.047/MG, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2003 e do EDcl no AgRg no RESP 330.130/DF, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 16.11.2004).

3. Outrossim, a própria 1ª Seção no RMS n.º 11.368/MT consagrou o entendimento no sentido de que:

[...]

I - No ato de habilitação de aparelho móvel celular incorre qualquer serviço efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações.

II - O ICMS incide, tão somente, na atividade final, que é o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre o ato de habilitação do telefone celular, que se afigura como atividade meramente intermediária.

III - O Convênio ICMS n.º 69/98, ao determinar a incidência do ICMS sobre a habilitação de aparelho móvel celular, empreendeu verdadeira analogia extensiva do âmbito material de incidência do tributo, em flagrante violação ao art. 108, § 1º do CTN.

[...]

(RMS 11368/MT, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 13/12/2004, DJ 09/02/2005 p. 182)

4. A doutrina do tema assenta que:

a) *"o tributo em tela incide sobre a prestação dos serviços de comunicação (atividade-fim); não sobre os atos que a ela conduzem (atividades-meio). A simples disponibilização, para os usuários, dos meios materiais necessários à comunicação entre eles ainda não tipifica a prestação do serviço em exame, mas simples etapa necessária à sua implementação" ;*

b) *"a Constituição autoriza sejam tributadas as prestações de serviços de comunicação, não é dado, nem ao legislador, nem muito menos ao intérprete e ao aplicador, estender a incidência do ICMS às atividades que as antecedem e viabilizam";*

c) *"a série de atos que colocam à disposição dos usuários os meios e modos aptos à prestação dos serviços de comunicação é etapa propedêutica, que não deve ser confundida com a própria prestação destes serviços. Não tipificando o fato imponível do ICMS-Comunicação, está, pois, fora de seu campo de incidência. De outro lado, é importante termos presente que estas atividades-meio são levadas a efeito em benefício da própria pessoa que realiza o serviço. Têm por escopo, apenas, possibilitar as atividades-fim, que, estas sim - aproveitam a terceiros."*

5. O Convênio ICMS n.º 69/98 dilargou o campo de incidência do ICMS ao incluir em seu espectro as atividades-meio ao serviço de comunicação, sendo certo que referida inclusão não tem respaldo em Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Complementar, forma exclusiva de normação do *thema iudicandum*.

6. Destarte, em recentes decisões, concluiu o Egrégio STJ:

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CONVÊNIO 69/98. SERVIÇO DE INSTALAÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA FIXA. SERVIÇO INTERMEDIÁRIO AO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. LEI KANDIR. LEI DAS TELECOMUNICAÇÕES. NÃO-INCIDÊNCIA DE ICMS. INEXISTÊNCIA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE PREVISÃO PELO CONVÊNIO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO APENAS PELA FAZENDA ESTADUAL. DECISÃO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. REFORMATIO IN PEJUS INDEVIDA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Convênio 69, de 19.6.1998, concluiu, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação; (b) o serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso; (c) o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1º, do CTN. Assim, não pode o Convênio 69/98 aumentar o campo de incidência do ICMS, porquanto isso somente poderia ser realizado por meio de lei complementar.

2. Os serviços de instalação de linha telefônica fixa não são considerados serviços de comunicação propriamente ditos, nos termos da Lei Kandir e da Lei Geral de Telecomunicações, mas serviços de natureza intermediária. Não deve, portanto, incidir ICMS sobre essa atividade, pois não há previsão legal nesse sentido, existindo apenas o Convênio 69/98 que disciplina a matéria, no entanto, de forma indevida.

3. É inviável reformar o acórdão recorrido a favor da parte que não interpôs recurso especial, a fim de que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, seja considerada indevida a incidência de ICMS sobre os serviços de instalação de telefone fixo, pois, na espécie, estar-se-ia promovendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reformatio in pejus contra a parte recorrente.

4. *Se apenas uma das partes interpõe recurso especial, é vedado ao Tribunal agravar sua situação.*

5. *Recurso especial desprovido.*"(REsp 601.056/BA, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 03.04.2006)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 1º DA LEI N.º 1.533/51. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. ICMS. TELEFONIA MÓVEL CELULAR. ATIVIDADES MERAMENTE PREPARATÓRIAS OU DE ACESSO AOS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. CONVÊNIO N.º 69/98, CLÁUSULA PRIMEIRA. ILEGALIDADE.

(omissis)

2. *As atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação não podem ser entendidas como "serviço de telecomunicação" propriamente dito, de modo que estão fora da incidência tributária do ICMS. Não tem amparo, portanto, na Lei Complementar n.º 87/96 a cláusula primeira do Convênio n.º 69/98, que inclui as referidas atividades preparatórias na base de cálculo do ICMS-comunicação. Precedentes.*

3. *Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido.* (REsp 622208 / RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17/05/2006)

7. O Convênio do ICMS 69/88, antes da LC 87/96, na visão do E. STF, representava instrumento normativo provisório, sucedâneo da lei complementar referida pela Constituição em seu art. 146, III, "a", nos termos do art. 34, § 8º, do ADCT/98. Conseqüentemente, após esse período, o campo do convênio não se confunde com o da Lei Complementar mas, antes, a ela deve subsumir-se, reservando-se a esses atos normativos secundários, as estratégias que evitem o confronto fiscal entre os Estados, como revela a vontade constitucional, fator influente na exegese, no dizer de Peter Häberle, segundo o qual a Constituição tem uma vontade, que é a vontade constitucional, e qualquer interpretação de norma jurídica tem que partir, necessariamente, desse escopo constitucional e de seus princípios.

8. À míngua de detalhamento, *in casu*, pelas decisões prolatadas na instância de origem, sobre os serviços que estariam inseridos no amplo conceito de "**facilidades adicionais**", não cabe a este Tribunal Superior o exame da questão, porquanto escapa à competência do E. STJ averiguar os serviços propriamente ditos que se encaixam no conceito pressuposto de comunicação, por que a isso equivaleria a análise fática, vedada pela Súmula 07 do STJ, sem prejuízo de a vagueza do pleito descaracterizar o direito líquido e certo. (Precedentes: REsp 945037/AM, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 03/08/2009; REsp 1022257/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008).

9. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

10. Recurso especial parcialmente provido, para afastar a incidência do ICMS sobre as atividades de habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação), entre outros serviços, que configurem atividade-meio ou serviços suplementares, consoante jurisprudência pacificada desta Corte Superior, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do presente recurso especial, porquanto prequestionada a matéria federal suscitada.

Impende destacar que, não obstante a competência constitucional do STJ não mais abarque a apreciação de confronto entre lei local e lei federal, em virtude da alteração empreendida pela Emenda Constitucional 45/2004, verifica-se que o acórdão recorrido e o aresto prolatado no julgamento dos embargos de declaração datam, respectivamente, dos anos de 2001 e 2002, anteriores à referida Emenda.

Quanto à alegada violação do art. 535, do CPC, não se vislumbra contradição, omissão ou obscuridade no acórdão recorrido capaz de tornar nula a decisão impugnada pelo especial. Isto porque o tribunal *a quo* apreciou a presente demanda de modo suficiente, conforme se pode extrair do inteiro teor do acórdão prolatado nos presentes autos.

Assim, não merece acolhida a alegação de que o acórdão recorrido, a despeito da oposição de embargos, não tenha se pronunciado acerca de todas as questões relevantes da demanda, e que, em consequência, tenha violado o art. 535, incisos I e II, do CPC ou tenha adotado entendimento divergente ao desta Corte Superior no que atine ao mencionado dispositivo legal. É dizer que, quando o Tribunal de origem se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não cabe falar em ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil.

Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

Quanto ao mérito, verifica-se, do pedido declinado na exordial (fls. 03/28), que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrente questiona a incidência do ICMS-Comunicação sobre as atividades de "acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais, que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada", tal qual previsto na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/88. A sentença julgou o pedido procedente, declarando a inconstitucionalidade e ilegalidade do Convênio ICMS 69/88, em face do previsto na LC 87/96, o que restou reformado pelo Tribunal de origem, ao entendimento de que o imposto incidiria sobre os serviços de telecomunicações, os quais abrangeriam não apenas a comunicação em si, mas também as atividades necessárias a possibilitar a oferta de transmissão, emissão ou recepção de informações de qualquer natureza.

Deveras, a Carta Magna, em seu art. 155, inciso II, prevê o ICMS sobre prestação de serviços de comunicação.

A Lei Complementar 87/96, ao explicitar o comando constitucional, definindo os critérios material e temporal do ICMS sobre serviços de comunicação, estabelece que, *verbis*:

"Art. 2º. O imposto incide sobre:

(...)

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;"

"Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;"

Nesse diapasão, deduz-se, dos supratranscritos dispositivos legais, que o serviço de comunicação relevante juridicamente para fins de tributação pelo ICMS é aquele decorrente de um contrato oneroso de prestação de serviço, do qual resulte efetivamente uma relação comunicativa entre emissor e receptor da mensagem.

Os serviços de habilitação e locação de telefones móveis celulares e de assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação) não sofrem a incidência do ICMS.

Na mesma esteira, segue o entendimento do professor ROQUE ANTONIO CARRAZZA, que, analisando os atos de fornecimento e manutenção dos meios necessários à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

execução do serviço de comunicação, não os identifica como hipótese de incidência da exação *sub examine*:

"Estamos percebendo que só quando o destinatário assume papel ativo, contratando a prestação do serviço de comunicação e dele fruindo, por meio do recebimento e do envio de mensagens a terceiro (que não o próprio prestador), é que o ICMS pode incidir. O que se tributa é a execução do serviço, e não, simplesmente, sua estipulação.

Esta oração uma vez mais exterioriza nosso juízo no sentido de que o ICMS só pode incidir quando efetivamente ocorre a prestação onerosa do serviço de comunicação. E esta só se dá quando, estabelecida a relação comunicativa, há, entre pelo menos duas pessoas (diversas do prestador do serviço), efetiva transmissão de idéias, pensamentos ou intenções.

Portanto, se não há comunicação (ou se esta se dá fora do alcance das leis brasileiras, como no caso da telecomunicação internacional) não há incidência possível de ICMS.

O que estamos querendo remarcar é que o tributo em tela incide sobre a prestação dos serviços de comunicação (atividade-fim); não sobre os atos que a ela conduzem (atividades-meio). A simples disponibilização, para os usuários, dos meios materiais necessários à comunicação entre eles ainda não tipifica a prestação do serviço em exame, mas simples etapa necessária à sua implementação.

Deveras, na medida em que a Constituição autoriza sejam tributadas as prestações de serviços de comunicação, não é dado, nem ao legislador, nem muito menos ao intérprete e ao aplicador, estender a incidência do ICMS às atividades que as antecedem e viabilizam.

Expliquemo-nos melhor.

Consoante já adiantamos, a série de atos que colocam à disposição dos usuários os meios e modos aptos à prestação dos serviços de comunicação é etapa propedêutica, que não deve ser confundida com a própria prestação destes serviços. Não tipificando o fato impositivo do ICMS-Comunicação, está, pois, fora de seu campo de incidência.

De outro lado, é importante termos presente que estas atividades-meio são levadas a efeito em benefício da própria pessoa que realiza o serviço. Têm por escopo, apenas, possibilitar as atividades-fim, que, estas sim - aproveitam a terceiros."

Em sede pátria, a doutrina especializada e a jurisprudência convergem ao afirmar a não incidência do ICMS sobre a atividade-meio, consoante depreende-se dos seguintes precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO QUE APRECIOU A APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE HABILITAÇÃO, LOCAÇÃO DE APARELHOS CELULARES E ASSINATURA (ENQUANTO CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO). SERVIÇOS SUPLEMENTARES AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. "FACILIDADES ADICIONAIS" DE TELEFONIA MÓVEL CELULAR. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. Os serviços de habilitação e locação de telefones móveis celulares e de assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação) não sofrem a incidência do ICMS. (Precedentes: REsp 666.679/MT, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 17/12/2008; REsp 909.995/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 25/11/2008; REsp 1022257/RS, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 17/03/2008) REsp 703695 / PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20/09/2005; REsp 622208 / RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17/05/2006; REsp 418594 / PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 21/03/2005; RMS 11368 - MT, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 09/02/2005).

2. Deveras, apreciando a questão relativa à legitimidade da cobrança do ICMS sobre o procedimento de habilitação de telefonia móvel celular, ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção firmaram entendimento no sentido da inexigibilidade do tributo, à consideração de que a atividade de habilitação não se incluía na descrição de serviço de telecomunicação constante do art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96, por corresponder a "procedimento tipicamente protocolar, (...) cuja finalidade prende-se ao aspecto preparatório e estrutural da prestação do serviço", serviços "meramente acessórios ou preparatórios à comunicação propriamente dita", "meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação" (RESP 402.047/MG, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2003 e do EDcl no AgRg no RESP 330.130/DF, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 16.11.2004).

3. Outrossim, a própria 1ª Seção no RMS n.º 11.368/MT consagrou o entendimento no sentido de que: [...] I - No ato de habilitação de aparelho móvel celular incorre qualquer serviço efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações.

II - O ICMS incide, tão somente, na atividade final, que é o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre o ato de habilitação do telefone celular, que se afigura como atividade meramente intermediária.

III - O Convênio ICMS n.º 69/98, ao determinar a incidência do ICMS sobre a habilitação de aparelho móvel celular, empreendeu verdadeira analogia extensiva do âmbito material de incidência do tributo, em flagrante violação ao art. 108, § 1º do CTN.

[...] (RMS 11368/MT, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seção, julgado em 13/12/2004, DJ 09/02/2005 p. 182) 4. A doutrina do tema assenta que: a) "o tributo em tela incide sobre a prestação dos serviços de comunicação (atividade-fim); não sobre os atos que a ela conduzem (atividades-meio). A simples disponibilização, para os usuários, dos meios materiais necessários à comunicação entre eles ainda não tipifica a prestação do serviço em exame, mas simples etapa necessária à sua implementação" ;

b) "a Constituição autoriza sejam tributadas as prestações de serviços de comunicação, não é dado, nem ao legislador, nem muito menos ao intérprete e ao aplicador, estender a incidência do ICMS às atividades que as antecedem e viabilizam";

c) "a série de atos que colocam à disposição dos usuários os meios e modos aptos à prestação dos serviços de comunicação é etapa propedêutica, que não deve ser confundida com a própria prestação destes serviços. Não tipificando o fato impositivo do ICMS-Comunicação, está, pois, fora de seu campo de incidência. De outro lado, é importante termos presente que estas atividades-meio são levadas a efeito em benefício da própria pessoa que realiza o serviço. Têm por escopo, apenas, possibilitar as atividades-fim, que, estas sim - aproveitam a terceiros." 5. O Convênio ICMS nº 69/98 dilargou o campo de incidência do ICMS ao incluir em seu âmbito as atividades-meio ao serviço de comunicação, sendo certo que referida inclusão não tem respaldo em Lei Complementar, forma exclusiva de normação do thema iudicandum.

6. Destarte, em recentes decisões, concluiu o Egrégio STJ: "RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CONVÊNIO 69/98. SERVIÇO DE INSTALAÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA FIXA. SERVIÇO INTERMEDIÁRIO AO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. LEI KANDIR. LEI DAS TELECOMUNICAÇÕES. NÃO-INCIDÊNCIA DE ICMS. INEXISTÊNCIA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE PREVISÃO PELO CONVÊNIO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO APENAS PELA FAZENDA ESTADUAL. DECISÃO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. REFORMATIO IN PEJUS INDEVIDA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Convênio 69, de 19.6.1998, concluiu, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação; (b) o serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso; (c) o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1º, do CTN. Assim, não pode o Convênio 69/98 aumentar o campo de incidência do ICMS, porquanto isso somente poderia ser realizado por meio de lei complementar.

2. Os serviços de instalação de linha telefônica fixa não são considerados serviços de comunicação propriamente ditos, nos termos da Lei Kandir e da Lei Geral de Telecomunicações, mas serviços de natureza intermediária. Não deve, portanto, incidir ICMS sobre essa atividade, pois não há previsão legal nesse sentido, existindo apenas o Convênio 69/98 que disciplina a matéria, no entanto, de forma indevida.

3. É inviável reformar o acórdão recorrido a favor da parte que não interpôs recurso especial, a fim de que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, seja considerada indevida a incidência de ICMS sobre os serviços de instalação de telefone fixo, pois, na espécie, estar-se-ia promovendo reformatio in pejus contra a parte recorrente.

4. Se apenas uma das partes interpõe recurso especial, é vedado ao Tribunal agravar sua situação.

5. Recurso especial desprovido."(REsp 601.056/BA, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 03.04.2006)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 1º DA LEI N.º 1.533/51. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. ICMS. TELEFONIA MÓVEL CELULAR. ATIVIDADES MERAMENTE PREPARATÓRIAS OU DE ACESSO AOS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. CONVÊNIO N.º 69/98, CLÁUSULA PRIMEIRA. ILEGALIDADE.

(omissis) 2. As atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação não podem ser entendidas como "serviço de telecomunicação" propriamente dito, de modo que estão fora da incidência tributária do ICMS. Não tem amparo, portanto, na Lei Complementar n.º 87/96 a cláusula primeira do Convênio n.º 69/98, que inclui as referidas atividades preparatórias na base de cálculo do ICMS-comunicação. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido. (REsp 622208 / RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17/05/2006) 7. O Convênio do ICMS 69/88, antes da LC 87/96, na visão do E. STF, representava instrumento normativo provisório, sucedâneo da lei complementar referida pela Constituição em seu art. 146, III, "a", nos termos do art. 34, § 8º, do ADCT/98. Conseqüentemente, após esse período, o campo do convênio não se confunde com o da Lei Complementar mas, antes, a ela deve subsumir-se, reservando-se a esses atos normativos secundários, as estratégias que evitem o confronto fiscal entre os Estados, como revela a vontade constitucional, fator influente na exegese, no dizer de Peter Häberle, segundo o qual a Constituição tem uma vontade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que é a vontade constitucional, e qualquer interpretação de norma jurídica tem que partir, necessariamente, desse escopo constitucional e de seus princípios.

8. *À míngua de detalhamento, in casu, pelas decisões prolatadas na instância de origem, sobre os serviços que estariam inseridos no amplo conceito de "facilidades adicionais", não cabe a este Tribunal Superior o exame da questão, porquanto escapa à competência do E.*

STJ averiguar os serviços propriamente ditos que se encaixam no conceito pressuposto de comunicação, por que a isso equivaleria a análise fática, vedada pela Súmula 07 do STJ, sem prejuízo de a vagueza do pleito descaracterizar o direito líquido e certo.

(Precedente: REsp 1022257/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008).

9. *O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.*

10. *Recurso especial interposto contra acórdão da apelação parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para afastar a incidência do ICMS sobre as atividades de habilitação, locação de aparelhos celulares, e de assinatura (contratação do serviço), nos termos da fundamentação expendida.*

(REsp 945037/AM, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 03/08/2009)

TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. CONVÊNIO 69/98. LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96, ART. 2º, II. ATIVIDADES PREPARATÓRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA DO TRIBUTO.

1. *A jurisprudência do STJ é no sentido de que não há incidência de ICMS sobre pagamentos relativos a atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação (REsp: 402.047/MG, 1ª T., Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2003; REsp 601056/BA, 1ª T., Min. Denise Arruda, DJ de 03/04/2006; REsp 796177/MG, 2ª Turma, Min. Herman Benjamim, DJ de 08.02.2008).*

2. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 666.679/MT, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 17/12/2008)*

TRIBUTÁRIO - ICMS - TELEFONIA FIXA - SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO - PROCEDIMENTOS PREPARATÓRIOS - NÃO-INCIDÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DO PODER TRIBUTÁRIO POR CONVÊNIO - PRECEDENTES - OFENSA AO PROCEDIMENTO DA RESERVA DE PLENÁRIO - INEXISTÊNCIA.

1. *Inviável o conhecimento de recurso especial com fundamento na*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violação aos arts. 480 e 481 do CPC se a Corte de origem não pronuncia a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Compete ao Superior Tribunal de Justiça zelar pelo procedimento da reserva de plenário, mas não quanto ao direito material das partes à sua observância pelos Tribunais, cuja competência é privativa do Supremo Tribunal Federal. Precedentes: REsp 623.079/SP, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2008, DJe 19/06/2008; EDcl no MS 12.351/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2008, DJe 18/03/2008.

2. Esta Corte possui entendimento de que o Convênio 69/98, em sua cláusula primeira, extrapolou os limites de sua competência, estendendo indevidamente a base de cálculo e a hipótese de incidência do ICMS-Telecomunicações.

3. Procedimentos preparatórios ou acessórios ao serviço de telecomunicações não integram a base de cálculo do ICMS-Telecomunicações, nem é fato gerador deste imposto.

Precedentes: REsp 601.056/BA, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/2006, DJ 03/04/2006 p. 230; REsp 402047/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2003, DJ 09/12/2003 p. 214; RMS 11368/MT, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2004, DJ 09/02/2005 p. 182.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (REsp 909.995/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 25/11/2008)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. LC Nº 87/96. HABILITAÇÃO. TELEFONIA MÓVEL CELULAR. LEGITIMIDADE. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. É cabível mandado de segurança contra norma tributária de aplicabilidade imediata capaz de produzir efeitos concretos na esfera patrimonial dos contribuintes.

2. As atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação não podem ser entendidas como "serviço de telecomunicação" propriamente dito, de modo que estão fora da incidência tributária do ICMS. Não tem amparo, portanto, na Lei Complementar nº 87/96 a cláusula primeira do Convênio nº 69/98, que inclui as referidas atividades preparatórias na base de cálculo do ICMS-comunicação. Precedentes.

3. Impossibilidade de ser reconhecido direito líquido e certo à não-incidência do ICMS sobre "serviços suplementares e facilidades adicionais", sem que haja explicitação de quais operações a recorrente entende estarem inseridas em conceitos por demais vagos.

4. Incide ICMS sobre a cobrança de assinatura básica residencial,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que se constitui em verdadeira remuneração do serviço de telefonia, já que sua previsão legal é de estabelecer valor mínimo que justifique a viabilidade econômica do serviço com a contrapartida de franquia de utilização.

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1022257/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008)

TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE HABILITAÇÃO DE APARELHO DE TELEFONIA CELULAR. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. CAUÇÃO PARA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO FISCAL. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. EXPRESSA MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO SOBRE O THEMA IUDICANDUM.

1. Inocorrência de violação ao art. 535, II, do CPC, porquanto o Tribunal a quo, ainda que de forma sucinta, tratou da questão da incidência de ICMS sobre a habilitação de telefones móveis, ao afirmar que a cobrança do ICMS sobre serviço de habilitação de telefonia móvel celular, tem apoio legal, nos termos do artigo 155, I, "b", da Constituição Federal, Lei Estadual 8.933/89 e no convênio ICMS nº 69/98 - CONFAZ.

2. É cediço que o magistrado não está obrigado a rebater um a um os

argumentos expostos pelas partes, desde de que a decisão por ele proferida esteja devidamente fundamentada (precedentes:AgRg no Resp 593939 - SP, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, publicado no DJ em 31 de maio de 2004, AgRg no Resp. 676448 - SP, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, publicado no DJ em 16 de maio de 2005, Resp 703658 - MG, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, publicado no DJ em 09 de maio de 2005.

3. A Corte assentou o entendimento de que não incide ICMS sobre a habilitação de telefone móvel celular, posto ato pelo qual se possibilita a efetiva prestação do serviço. Destarte, depreende-se da leitura do III, art. 2º, da Lei Complementar 87/96 que o ICMS possui campo de incidência somente sobre os serviços de comunicação, propriamente ditos.

4. O Convênio ICMS nº 69/98, dilargou o campo de incidência do ICMS quando incluiu em sua cláusula primeira o serviço de habilitação, sendo certo que só poderia tê-lo feito por meio de Lei Complementar. Na verdade, como exposto pela Recorrente às fls. 62, não há Lei que determine a incidência do ICMS sobre a habilitação telefônica (precedentes:Resp 525788 - DF, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, publicado no DJ em 23 de maio de 2005, Resp 596.812 - PR, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, publicado no DJ em 14 de fevereiro de 2005, RMS 11368 - MT, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, publicado no DJ em 09 de fevereiro de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2005.

5. A incidência de ICMS nas habilitações de telefone móvel já foi pacificada por esta Corte de forma favorável à pretensão da recorrente, revelando o *fumus boni iuris*, de forma a inexistir óbice para concessão da ordem liminar pleiteada, no sentido da suspensão

da exigibilidade do crédito tributário.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 703695 / PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20/09/2005)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 1º DA LEI N.º 1.533/51. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. ICMS. TELEFONIA MÓVEL CELULAR. ATIVIDADES MERAMENTE PREPARATÓRIAS OU DE ACESSO AOS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. CONVÊNIO N.º 69/98, CLÁUSULA PRIMEIRA. ILEGALIDADE.

1. A alegação de ofensa ao artigo 1º da Lei n.º 1.533/51, ante a inexistência de direito líquido e certo da impetrante demandaria o reexame de matéria probatória, o que é vedado na via especial, ante o disposto na Súmula 7/STJ.

2. As atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação não podem ser entendidas como "serviço de telecomunicação" propriamente dito, de modo que estão fora da incidência tributária do ICMS. Não tem amparo, portanto, na Lei Complementar n.º 87/96 a cláusula primeira do Convênio n.º 69/98, que inclui as referidas atividades preparatórias na base de cálculo do ICMS-comunicação. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido. (REsp 622208 / RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17/05/2006)

TRIBUTÁRIO. ICMS. TELEVISÃO A CABO. LEI COMPLEMENTAR 87/96, ART. 2º, II. LEI 8.977/95, ARTS. 2º E 5º. INCIDÊNCIA. TAXA DE ADESÃO. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. O art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96 dispõe que o ICMS incide sobre "(...) III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza".

2. O serviço de TV a cabo consiste, por expressa disposição normativa (Lei 8.977/95, artigos 2º e 5º), em serviço de comunicação (da espécie de "telecomunicação"), prestado por operadora, que, utilizando um conjunto de equipamentos, instalações e redes, de sua propriedade ou não, viabiliza a recepção, o processamento, a geração e a distribuição aos assinantes de programação e de sinais próprios ou de terceiros. A prestação onerosa desse serviço caracteriza hipótese de incidência do ICMS.

3. Apreciando a questão relativa à legitimidade da cobrança do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ICMS sobre o procedimento de habilitação de telefonia móvel celular, ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção firmaram entendimento no sentido da inexistência do tributo, à consideração de que a atividade de habilitação não se incluía na descrição de serviço de telecomunicação constante do art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96, por corresponder a "procedimento tipicamente protocolar, (...) cuja finalidade prende-se ao aspecto preparatório e estrutural da prestação do serviço", serviços "meramente acessórios ou preparatórios à comunicação propriamente dita", "meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação" (RESP 402.047/MG, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2003 e do EDcl no AgRg no RESP 330.130/DF, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 16.11.2004).

4. Adotando-se a linha de orientação traçada nesses julgados, e diante do caráter igualmente acessório ou preparatório à prestação do serviço de telecomunicação propriamente dito de que se revestem as atividades remuneradas pela taxa de adesão da televisão a cabo, deve ser reconhecida a inexistência do ICMS sobre esses valores.

5. Recursos especiais a que se nega provimento. (REsp 418594 / PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 21/03/2005)

TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE A HABILITAÇÃO DE TELEFONES CELULARES. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADE QUE NÃO SE CONSTITUI EM SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. ANALOGIA EXTENSIVA. EXIGÊNCIA DE TRIBUTO SOBRE FATO GERADOR NÃO PREVISTO EM LEI. PROIBIÇÃO. ART. 108, § 1º, DO CTN.

I - No ato de habilitação de aparelho móvel celular incorre qualquer serviço efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações.

II - O ICMS incide, tão somente, na atividade final, que é o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre o ato de habilitação do telefone celular, que se afigura como atividade meramente intermediária.

III - O Convênio ICMS nº 69/98, ao determinar a incidência do ICMS sobre a habilitação de aparelho móvel celular, empreendeu verdadeira analogia extensiva do âmbito material de incidência do tributo, em flagrante violação ao art. 108, § 1º do CTN.

IV - Recurso Ordinário provido (RMS 11368 - MT, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, publicado no DJ em 09 de fevereiro de 2005).

Apreciando a questão relativa à legitimidade da cobrança do ICMS sobre o procedimento de instalação de linha telefônica fixa, a 1ª Turma, no julgamento do RESP 601056, de relatoria da e. Ministra Denise Arruda, firmou entendimento no sentido da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inexigibilidade do tributo. Extraí-se do voto condutor a seguinte fundamentação, *verbis*:

"(...)

Este Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de analisar o conteúdo desse convênio, concluindo, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a **atividade-fim**, que é o serviço de comunicação, e não sobre a **atividade-meio** ou **intermediária**, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação; (b) o serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso; (c) o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1º, do CTN. Assim, não pode o Convênio 69/98 aumentar o campo de incidência do ICMS, porquanto isso somente poderia ser realizado por meio de lei complementar.

Cabe mencionar os precedentes que deram base à orientação de que o ICMS não deve incidir sobre os serviços meramente preparatórios da atividade de comunicação, *in verbis*:

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

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

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

3. No Direito Tributário, em homenagem ao Princípio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Tipicidade Fechada, a interpretação sempre deve ser estrita, tanto para a concessão de benefícios fiscais, quanto para exigência de tributos. À míngua de Lei não é lícita a dilatação da base de cálculo do ICMS-comunicação implementada pelo Convênio ICMS 69/98 (art. 97, § 1º, do CTN).

4. Recurso provido." (REsp 402.047/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 9.12.2003)

"TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE A HABILITAÇÃO DE TELEFONES CELULARES. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADE QUE NÃO SE CONSTITUI EM SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. ANALOGIA EXTENSIVA. EXIGÊNCIA DE TRIBUTO SOBRE FATO GERADOR NÃO PREVISTO EM LEI. PROIBIÇÃO. ART. 108, § 1º, DO CTN.

I - No ato de habilitação de aparelho móvel celular inócorre qualquer serviço efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações.

II - O ICMS incide, tão somente, na atividade final, que é o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre o ato de habilitação do telefone celular, que se afigura como atividade meramente intermediária.

III - O Convênio ICMS nº 69/98, ao determinar a incidência do ICMS sobre a habilitação de aparelho móvel celular, empreendeu verdadeira analogia extensiva do âmbito material de incidência do tributo, em flagrante violação ao art. 108, § 1º do CTN.

IV - Recurso Ordinário provido." (RMS 11.368/MT, 1ª Seção, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 9.2.2005)

"TRIBUTÁRIO. ICMS. TELEFONIA MÓVEL CELULAR. SERVIÇO DE HABILITAÇÃO. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. A atividade de habilitação de telefone móvel celular não se enquadra no conceito de serviço de telecomunicação do art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96 para fins de incidência de ICMS, sendo ilegítima a inserção dos valores pagos a esse título na base de cálculo do tributo, como o fez o Convênio ICMS 69/98. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção.

2. Recurso especial provido." (REsp 596.812/RR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 14.2.2005)

Saliente-se, outrossim, que a Segunda Turma, no julgamento dos EDcl no AgRg no REsp 330.130/DF, de relatoria do Ministro Castro Meira (DJ de 16.11.2004), analisando a controvérsia, decidiu no sentido da não-incidência de ICMS sobre os serviços de habilitação de telefonia móvel celular, seguindo o entendimento constante do voto-vista do Ministro João Otávio de Noronha. Senão vejamos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Com base nessas constatações, conheço do recurso, passando desde já ao exame da questão de fundo, que consiste em se averiguar a legitimidade da cobrança da exação sobre o procedimento de 'habilitação', nos moldes em que instituída pelo Convênio ICMS n. 69/98, firmado no âmbito do Confaz.

Para tanto, faz-se necessário indagar em que medida o procedimento de 'habilitação' há de ser visto ou entendido como 'serviço de telecomunicação'.

Dispõe o art. 2º da Lei Complementar n. 87/96 (Lei Kandir):

'Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;'

Por seu turno, o art. 60 da Lei n. 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações) assim prescreve:

'Art. 60 - Serviço de Telecomunicação é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º - Telecomunicação é transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º - omissis.'

Da análise conjugada dos citados preceptivos legais afere-se que o procedimento de 'habilitação' do usuário aos serviços de telefonia móvel somente representaria fato passível de ensejar a tributação do ICMS nos termos previstos no art. 2º, inciso III, da LC n. 87/96 – e, desse modo, capaz de legitimar a regra estampada no Convênio do Confaz –, se inserido no conceito de 'serviço de telecomunicação' ditado pelo art. 60, § 1º, da LGT.

Não vejo, sinceramente, como acolher a tese de que um procedimento tipicamente protocolar como é o de 'habilitação' do usuário, cuja finalidade prende-se ao aspecto preparatório e estrutural da prestação do serviço, possa ser considerado atividade-fim, sem a qual restariam inviabilizados os serviços de telecomunicações.

A propósito do tema, o Ministro Humberto Gomes de Barros, ao relatar o Recurso Especial n. 402.047/MG (DJ de 9/12/2003), bem esclarece que 'há 'serviço de comunicação' quando um terceiro, mediante prestação negocial-onerosa, mantém interlocutores (emissor/receptor) em contato 'por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza'. Os meios necessários à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consecução deste fim não estão ao alcance da incidência do ICMS-comunicação'. Mais adiante, complementa: 'A hipótese de incidência do ICMS-comunicação (LC 87/96; art. 2º, III) não permite a exigência do tributo com relação a atividades meramente preparatórias ao 'serviço de comunicação' propriamente dito, como são aquelas constantes na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98. Tais serviços configuram, apenas, meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação. Assim, estão fora da incidência tributária do ICMS.'

Também é digna de registro a premissa que norteou o voto da Ministra Eliana Calmon no Recurso Especial n. 456.650/PR (em que se questionava a incidência do ICMS sobre serviços de provedores de internet), do seguinte teor: 'serviços de comunicação, para fins de ICMS, são serviços de transmissão de mensagens entre pessoas, por determinado veículo, a título oneroso'.

Note-se, por fim, que partiu do próprio ente estatal encarregado da fiscalização e regulamentação do setor de telecomunicações – a Agência Nacional de Telecomunicações – a iniciativa de, ciente dos naturais equívocos do Fisco quanto à interpretação da norma do art. 60 da Lei n. 9.472/97, balizar o conceito ali inserido, o que se deu por meio da edição da Resolução ANATEL n. 73, de 25/11/98, que, ao aprovar o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, excluiu expressamente a 'habilitação' do rol de procedimentos passíveis de configurar 'serviço de telecomunicação'. Confira-se o disposto no art. 3º do indigitado diploma regulamentador:

'Art. 3º - Não constituem serviços de telecomunicações:

I - omissis;

II - a atividade de habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações;

III - omissis.'

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração para, conferindo-lhes o almejado efeito modificativo, **conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento** de modo a excluir do campo de incidência do ICMS o procedimento de 'habilitação' nos serviços de telefonia móvel."

(...)

É certo que a jurisprudência desta Corte tem perfilhado a questão da não-incidência de ICMS sobre os serviços intermediários de comunicação mais em relação à habilitação de aparelho de telefonia celular. No entanto, o mesmo entendimento consagrado nos julgados mencionados pode ser estendido ao caso dos autos, que se refere a serviço de instalação de linha telefônica fixa, na medida em que, também nessa hipótese, trata-se de atividade-meio do serviço de comunicação, que é a atividade-fim. Desse modo, somente em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relação a este deve incidir ICMS, e não sobre aquele, porquanto não há previsão legal que possibilite a exigência da referida exação em relação à atividade de instalação de telefone.

Sob esse prisma, é importante mencionar os seguintes entendimentos doutrinários:

"(...)

Evidente que apenas as efetivas prestações de serviços (comunicações realizadas) é que constituem fatos geradores do ICMS, sendo remuneradas por tarifas, (...)

*Os atos de habilitação, cadastro de usuários e equipamentos, ativação, instalação de terminais, desligamento do aparelho; locação; fornecimento de listas telefônicas e transferência de titularidade, que - embora importantes para regular execução dos serviços - por si só, não representam efetiva comunicação, uma vez que concernem a meros atos preparatórios ou posteriores à atividade tributada." (MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS - Teoria e Prática**. 8ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 143)*

"De fato, como já adiantamos, a habilitação do aparelho telefônico (tanto quanto a transferência de titularidade da assinatura) é simplesmente uma medida preparatória para que o serviço de comunicação possa - agora, sim - ser prestado. Nela não há qualquer transmissão de mensagem. Tampouco recebimento. Em linguagem leiga, a habilitação simplesmente liga o aparelho, para que, por intermédio dele, venha prestado o serviço específico. Ou, se quisermos, viabiliza o acesso do usuário potencial ao denominado 'sistema móvel celular'. Nesta medida, não pode ser alvo de ICMS.

(...)

Segue-se, portanto, que não pode integrar a base de cálculo do ICMS em tela, que é, como vimos, o preço do serviço de comunicação efetivamente prestado.

(...)

Remarcamos, por oportuno, que, no caso, está-se simplesmente colocando à disposição dos usuários o aparato para que ocorra a prestação do serviço de comunicação por meio de telefonia celular móvel.

Hugo de Brito Machado, com a extraordinária didática que o caracteriza, estabeleceu uma oportuna analogia entre a habilitação de celular e a aquisição de ingresso para espetáculo esportivo. Numa de suas conferências, a que assistimos, observou o mestre que em ambos os casos está-se diante de condições de acesso a determinado serviço (respectivamente, ao serviço de comunicação e ao serviço de diversões públicas), mas não diante do próprio serviço. Não há como, pois, tributá-los, seja isoladamente, seja como parte do próprio serviço: isoladamente, porque não tipificam serviço algum; em conjunto com o serviço que viabilizam, porque dele



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não fazem parte." (CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 177/178)

Assim, conclui-se que os serviços de instalação de linha telefônica fixa não são considerados serviços de comunicação propriamente ditos, nos termos da Lei Kandir e da LGT, mas serviços de natureza intermediária. Não deve, portanto, incidir ICMS sobre essa atividade, pois não há previsão legal nesse sentido, existindo apenas o Convênio 69/98 a disciplinar a matéria, no entanto, de forma indevida."

Outrossim, a própria 1ª Seção no RMS n.º 11.368/MT consagrou o entendimento no sentido de que:

TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE A HABILITAÇÃO DE TELEFONES CELULARES. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADE QUE NÃO SE CONSTITUI EM SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. ANALOGIA EXTENSIVA. EXIGÊNCIA DE TRIBUTO SOBRE FATO GERADOR NÃO PREVISTO EM LEI. PROIBIÇÃO. ART. 108, § 1º, DO CTN.

I - No ato de habilitação de aparelho móvel celular incorre qualquer serviço efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações.

II - O ICMS incide, tão somente, na atividade final, que é o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre o ato de habilitação do telefone celular, que se afigura como atividade meramente intermediária.

III - O Convênio ICMS nº 69/98, ao determinar a incidência do ICMS sobre a habilitação de aparelho móvel celular, empreendeu verdadeira analogia extensiva do âmbito material de incidência do tributo, em flagrante violação ao art. 108, § 1º do CTN.

IV - Recurso Ordinário provido.

(RMS 11368/MT, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 13/12/2004, DJ 09/02/2005 p. 182)

Consectariamente, verifica-se que o Fisco exigiu da empresa recorrente créditos de ICMS sobre receitas oriundas de atividades alheias à hipótese de incidência do ICMS-Comunicação, fundando sua pretensão em normas espelhadas no Convênio ICMS nº 69/98, o qual dilargou o campo de incidência do ICMS, para incluir atividades-meio ao serviço de comunicação, sendo certo que referida inclusão não tem respaldo em Lei Complementar, forma exclusiva de normação do *thema iudicandum*.

O enquadramento dessas atividades na hipótese de incidência do ICMS implicaria analogia instituidora de tributo, vedado pelo art. 108, § 1º, do CTN.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio, por isso que eventual analogia é apenas instrumento de integração da legislação tributária, consoante dispõe o art. 108, § 1º do CTN. Por isso que só deve ser utilizada para preencher as lacunas da norma jurídica. *In casu*, a analogia restou utilizada para a inclusão dos serviços suplementares ao serviço de comunicação no âmbito de incidência do ICMS, invadindo, inexoravelmente, o terreno do princípio da legalidade ou da reserva legal que, em sede de direito tributário, preconiza que o tributo só pode ser criado ou aumentado por lei.

A cobrança de ICMS sobre serviços suplementares ao de comunicação viola o princípio da tipicidade tributária, segundo o qual o tributo só pode ser exigido quando todos os elementos da norma jurídica - hipótese de incidência, sujeito ativo e passivo, base de cálculo e alíquotas - estão contidos na lei.

De outra parte, é assente no Direito Tributário o princípio da reserva legal ou da tipicidade fechada que impede a analogia que inaugura tributo. Nesse sentido confirmam-se, à guisa de exemplo, julgados desta Corte, *verbis*:

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. CORREÇÃO MONETÁRIA. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. RESERVA LEGAL.

1. Revela-se inviável a pretendida interpretação analógica do art. 5º do Decreto-lei 2.354/87, no sentido de corrigir monetariamente o valor retido do imposto de renda decorrente de aplicações financeiras, uma vez que na esteira da construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, exige-se lei que determine tal correção, vedando-se o uso de analogia. Ausência de omissão no julgado embargado.

2. Embargos de declaração rejeitados." (EDRESP 389403/RS, desta relatoria, DJ de 17.02.2003)

"TRIBUTÁRIO. ISS. SERVIÇOS DE MANOBRAS E DE REMOÇÃO. NULIDADE DA CDA. OCORRÊNCIA.

1. A lista de serviços é "numerus clausus" inadmitindo interpretação por analogia, como fez o Município para cobrar o ISS da recorrente, em flagrante violação ao princípio da legalidade tributária.

2. Recurso especial conhecido e provido por maioria." (RESP 401698 / ES ; Relator Min. Paulo Medina, Relator p/ Acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 09.06.2003)

"TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA. ISS. LISTA DE SERVIÇOS BANCÁRIOS ANEXA AO DECRETO-LEI 406/68. IMPOSSIBILIDADE. ANALOGIA.

1. A lista de serviços bancários que acompanha o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decreto-lei nº 406/68, com as alterações do Decreto-lei nº 834/69 é exaustiva e não exemplificativa, não admitindo a analogia, objetivando alcançar hipóteses de incidência diversas das ali consignadas.

2. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial." (AG 428.339/GO, desta relatoria, DJ de 19.04.2002)

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CONVÊNIO 69/98. SERVIÇO DE INSTALAÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA FIXA. SERVIÇO INTERMEDIÁRIO AO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. LEI KANDIR. LEI DAS TELECOMUNICAÇÕES. NÃO-INCIDÊNCIA DE ICMS. INEXISTÊNCIA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE PREVISÃO PELO CONVÊNIO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO APENAS PELA FAZENDA ESTADUAL. DECISÃO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. REFORMATIO IN PEJUS INDEVIDA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Convênio 69, de 19.6.1998, concluiu, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação; (b) o serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso; (c) o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1º, do CTN. Assim, não pode o Convênio 69/98 aumentar o campo de incidência do ICMS, porquanto isso somente poderia ser realizado por meio de lei complementar.

2. Os serviços de instalação de linha telefônica fixa não são considerados serviços de comunicação propriamente ditos, nos termos da Lei Kandir e da Lei Geral de Telecomunicações, mas serviços de natureza intermediária. Não deve, portanto, incidir ICMS sobre essa atividade, pois não há previsão legal nesse sentido, existindo apenas o Convênio 69/98 que disciplina a matéria, no entanto, de forma indevida.

3. É inviável reformar o acórdão recorrido a favor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da parte que não interpôs recurso especial, a fim de que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, seja considerada indevida a incidência de ICMS sobre os serviços de instalação de telefone fixo, pois, na espécie, estar-se-ia promovendo reformatio in pejus contra a parte recorrente.

4. Se apenas uma das partes interpõe recurso especial, é vedado ao Tribunal agravar sua situação.

5. Recurso especial desprovido."(REsp 601.056/BA, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 03.04.2006)

Acrescente-se que, em relação ao ICMS, sob a égide da CF/88, antes da LC 87/96, entendeu o STF que o Convênio do ICMS 66/88 era instrumento normativo provisório, sucedâneo da lei complementar referida pela Constituição em seu art. 146, III, "a", nos termos do art. 34, § 8º, do ADCT/98. Conseqüentemente, após esse período, o campo do convênio não se confunde com o da Lei Complementar mas, antes, a ela deve subsumir-se, reservando-se a esses atos normativos secundários, as estratégias que evitem o confronto fiscal entre os Estados, como revela a vontade constitucional, fator influente na exegese, no dizer de Peter Häberle, segundo o qual a Constituição tem uma vontade, que é a vontade constitucional, e qualquer interpretação de norma jurídica tem que partir, necessariamente, desse escape constitucional e de seus princípios.

No que atine à incidência do ICMS sobre a atividade de assinatura, no que tange à telefonia móvel celular, esta é entendida como habilitação ou adesão, vale dizer, quando alguém contrata um serviço e passa a ser dele um novo usuário, não sendo hipótese de incidência da regra matriz do ICMS-comunicação, pelas razões anteriormente expendidas.

Assenta-se, por fim que, *in casu*, à minguada de detalhamento, pelas decisões prolatadas na instância de origem, sobre os serviços que estariam inseridos no amplo conceito de "**facilidades adicionais**", não cabe a este Tribunal Superior o exame da questão, porquanto escapa à competência do E. STJ averiguar os serviços propriamente ditos que se encaixam no conceito pressuposto de comunicação, por que a isso equivaleria a análise fática, vedada pela Súmula 07 do STJ.

Ex positis, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, para afastar a incidência do ICMS sobre as atividades de habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação), entre outros serviços, que configurem atividade-meio ou serviços suplementares, consoante jurisprudência pacificada desta Corte Superior, nos termos da fundamentação expendida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7.º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2006/0020865-7

REsp 816512 / PI

Números Origem: 001980115974 1980115974

PAUTA: 25/11/2009

JULGADO: 25/11/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FLAVIO GIRON

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TELEPISA CELULAR S/A
ADVOGADO : CLEODON FONSECA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO PIAUÍ
PROCURADOR : AGAPITO MACHADO JUNIOR E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

"A Seção, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília, 25 de novembro de 2009

Carolina Vêras
Secretária