



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.229.292 - MT (2010/0221667-3)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : JENZ PROCHONOW JÚNIOR E OUTRO(S)
RECORRIDO : BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADO : MIKAEL AGUIRRE CAVALCANTI E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. TELEFONIA. OMISSÃO INEXISTENTE. BASE DE CÁLCULO. ATIVIDADE-MEIO. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. SÚMULA 126/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. RESP 816.512/PI. RECURSO REPETITIVO. SÚMULA 83/STJ.

1. O acórdão recorrido não está eivado de omissão, pois resolveu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

2. O Tribunal *a quo* não deixou de observar o período a que se refere a cobrança da exação. Ao contrário, o julgador teve o cuidado de ressaltar que a legislação somente alargou a base de cálculo do ICMS, a fim de incidir sobre as chamadas "atividades-meio", após a edição da Lei Complementar n.º 87/96 e que, ainda assim, isso não pode ser admitido, sob pena de ofensa aos princípios da irretroatividade da lei e da estrita legalidade tributária.

3. Tendo o aresto recorrido se embasado em fundamentos constitucional e infraconstitucional, o apelo não merece ser conhecido se o recorrente não manifesta recurso extraordinário, ante o óbice da Súmula 126/STJ.

4. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 816.512/PI, julgado na sistemática do art. 543-C do CPC, decidiu que o ICMS somente incide sobre o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre as atividades-meio e serviços suplementares. Súmula 83/STJ.

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Sustentou oralmente o Dr. Alexandre Ortigão Sampaio Buarque Schiller, pela parte RECORRIDA: BRASIL TELECOM S/A

Brasília, 16 de fevereiro de 2012(data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.229.292 - MT (2010/0221667-3)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : JENZ PROCHONOW JÚNIOR E OUTRO(S)
RECORRIDO : BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADO : MIKAEL AGUIRRE CAVALCANTI E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): O recurso especial foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, assim ementado:

TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - ICMS - SERVIÇOS SUPLEMENTARES À TELECOMUNICAÇÃO - PRELIMINAR DE MODIFICAÇÃO DOS EFEITOS RECURSAIS - AFASTADA - PRELIMINAR DE DECADÊNCIA - REJEITADA - MÉRITO - ATIVIDADE-MEIO - NÃO CONFIGURAÇÃO DE HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO - INSUBSISTÊNCIA DA CDA ANTE A ATICIPIDADE TRIBUTÁRIA - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

A rigor, impõe-se ao Juízo o atendimento das regras processuais concernentes ao recebimento do Recurso de Apelação (art. 520, CPC), cuja exceção encontra supedâneo do art. 558 do mesmo *Codex*. Há possibilidade de lesão grave ou de difícil reparação a execução provisória de R\$ 17.758.212,06 (dezesete milhões, setecentos e cinquenta e oito mil duzentos e doze reais e seis centavos) pela Fazenda Estadual, sendo legítima a suspensão da sentença até julgamento pelo Colegiado.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, ausente qualquer pagamento do contribuinte, o Fisco dispõe de cinco anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, para proceder ao lançamento do débito fiscal. Inteligência do art. 150, § 4º c/c art. 173, I, ambos do CTN. Logo, não há falar em decadência se a Fazenda Estadual constituiu o crédito dentro do prazo decenal.

A Constituição autoriza sejam tributadas as prestações de serviços de comunicação; no entanto, é ilegal a extensão da incidência do ICMS às atividades que as antecedem e viabilizam (atividades-meio). Precedentes do STJ.

Julgados procedentes os Embargos à Execução, ante a insubsistência da CDA por restar configurada a atipicidade tributária, impõem-se a extinção da Execução Fiscal (e-STJ fl. 1.162-1.163).

O recorrente alega violação dos arts. 535, II, do CPC; 4º e 5º, I, do Convênio ICM 66/88.

Argumenta que o acórdão recorrido, não obstante a interposição dos embargos aclaratórios, ofendeu o disposto no art. 535 do Código de Processo Civil, pois reconhece que, à época dos fatos geradores, não estava em vigor o Convênio 69/88 e nem a Lei Complementar 87/96, porém, ao decidir pela inexigibilidade do imposto ante a ausência de tipicidade tributária, foram consideradas exclusivamente as normas supramencionadas, sem considerar a lei vigente à época dos fatos – o Convênio 66/88.

Segundo entende, "a atual Constituição Federal estabelece que a base de cálculo do imposto deve ser estabelecida por Lei Complementar, todavia, o julgamento foi omissivo por não ter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerado que da entrada em vigor da Constituição da República de 1988 até o advento da Lei Complementar 87/96, o instrumento com força de Lei Complementar que regulamentava a matéria era o Convênio ICM n. 66/88" (e-STJ fl. 1.220).

Defende a validade e legalidade do lançamento fiscal que deu origem à CDA em questão.

Contrarrazões ofertadas às e-STJ fls. 1.235-1.242.

Inadmitido o recurso na origem (e-STJ fls. 1.254-1.257), subiram os autos pelo provimento do Ag 1.350.103.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.229.292 - MT (2010/0221667-3)

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. TELEFONIA. OMISSÃO INEXISTENTE. BASE DE CÁLCULO. ATIVIDADE-MEIO. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. SÚMULA 126/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. RESP 816.512/PI. RECURSO REPETITIVO. SÚMULA 83/STJ.

1. O acórdão recorrido não está eivado de omissão, pois resolveu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

2. O Tribunal *a quo* não deixou de observar o período a que se refere a cobrança da exação. Ao contrário, o julgador teve o cuidado de ressaltar que a legislação somente alargou a base de cálculo do ICMS, a fim de incidir sobre as chamadas "atividades-meio", após a edição da Lei Complementar n.º 87/96 e que, ainda assim, isso não pode ser admitido, sob pena de ofensa aos princípios da irretroatividade da lei e da estrita legalidade tributária.

3. Tendo o aresto recorrido se embasado em fundamentos constitucional e infraconstitucional, o apelo não merece ser conhecido se o recorrente não manifesta recurso extraordinário, ante o óbice da Súmula 126/STJ.

4. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 816.512/PI, julgado na sistemática do art. 543-C do CPC, decidiu que o ICMS somente incide sobre o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre as atividades-meio e serviços suplementares. Súmula 83/STJ.

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Por ser prejudicial, examino primeiramente a alegação de nulidade do aresto.

O recorrente argumenta que o acórdão recorrido, não obstante a interposição dos embargos aclaratórios, permaneceu omissos acerca de que "os fatos geradores do tributo exigido neste feito ocorreram no período de 01.01.1995 a 31.12.1996, estavam, portanto, sob a regência do Convênio ICM 66/88, não do Convênio 69/98 e da Lei Complementar 87/96" (e-STJ fl. 1.218).

Segundo entende, "a atual Constituição Federal estabelece que a base de cálculo do imposto deve ser estabelecida por Lei Complementar, todavia, o julgamento foi omissos por não ter considerado que da entrada em vigor da Constituição da República de 1988 até o advento da Lei Complementar 87/96, o instrumento com força de Lei Complementar que regulamentava a matéria era o Convênio ICM n. 66/88" (e-STJ fl. 1.220).

A Corte estadual, ao julgar a questão, assim assentou:

A questão controvertida cinge-se na impossibilidade de incidência do ICMS sobre serviços suplementares de comunicação, tais como a visita improdutiva, instalação de bloqueador de telefone, instalação de linha telefônica etc. Nessa linha de raciocínio, a Apelante pugna pelo reconhecimento da insubsistência da CDA ante a atipicidade tributária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e a consequente extinção da Execução Fiscal.

Ao cotejar o direito agitado nos autos com o princípio da estrita legalidade, tenho que razão assiste à Apelante.

A Apelante é prestadora de serviços de telefonia, na modalidade móvel e fixo, que consubstancia na comunicação por aparelhos de rádio em faixas de frequência concedidas pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel. Essa é a atividade-fim, em virtude da qual incide o ICMS.

Em caráter suplementar, cuja finalidade é proporcionar as condições materiais à implementação e à manutenção do serviço de comunicação, estão as **atividades meio**, as quais foram consideradas pelo Apelado, por ocasião da lavratura do Auto de Infração (fl. 87), como serviços tributáveis que, por seu turno, não foram declarados, tampouco recolhidos aos cofres públicos pela Apelante.

Com o advento do Sistema Tributário Nacional em 1º.03.1989, criou-se o ICMS que fez incorporar ao antigo ICM, entre outros, o serviços de comunicação (art.155,II, Constituição Federal). Diante da autorização constitucional, os Estados alargaram a base de cálculo do ICMS quanto à comunicação, cuja regulamentação inicial se deu por meio do convênio nº. 66/88, editado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, e pela LC nº. 24/75.

Em 1º.11.96, promulgou-se a LC nº. 87, que estabeleceu normas gerais e definitivas de CMS, de modo que o art. 2º definiu dentre as hipóteses de incidência, as prestações onerosas de serviços de comunicação, aí incluídas as atividades meio.

Ocorre que as atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação, mesmo a despeito da LC nº.87/96, não podem servir de base de cálculo de ICMS. Esse entendimento vem sendo iterativamente adotado pelo STJ, que tem excluído referido tributo sobre atividade meio de telecomunicação, a exemplo do aresto abaixo transcrito:

"TRIBUTÁRIO RECURSO ESPECIAL ICMS. SERVIÇOS SUPLEMENTARES AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ATIVIDADE MEIO NÃO INCIDÊNCIA PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

Os serviços acessórios ou suplementares ao serviço de comunicação, como, v.g., a locação de aparelhos, a manutenção das Estações Rádio Base, das torres de transmissão, dos aparelhos, dos softwares de gerenciamento e outros serviços similares, têm a função de proporcionar as condições materiais necessárias à implementação do serviço comunicacional, bem como a sua manutenção, não encerrando fatos geradores da incidência do ICMS,porquanto, por si sós, não possibilitam a emissão, transmissão ou recepção de informações, razão pela qual não se enquadram no conceito de serviços comunicacional, mas, antes, ostentam a natureza de atos preparatórios ou posteriores à atividade tributada.(precedentes: **REsp 703695/PR,1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20/09/2005; REsp 622208/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 21/03/2005; RMS 11368 – MT, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 09/02/2005**)". (STJ – Resp 760230/MG – 2005/0101355-1 – rel. Min. Luiz Fux – 1ª turma – julgado em 27.05.2009), destaques ao original).

Na mesma esteira de entendimento, segue o raciocínio desencadeado pelo i. professor Roque Antonio Carraza que, depois de analisar os serviços realizados para que a comunicação fosse efetivamente fornecida, não os identificou como fato gerador da exação sub examine:

"O ICMS só pode incidir quando efetivamente ocorre a prestação onerosa do serviço de comunicação. E esta só se dá quando, estabelecida a relação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comunicativa, há entre pelo menos duas pessoas (diversas do prestador de serviço). Efetiva transmissão de ideias, pensamentos ou intenções.

Portanto, não se dá 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 de serviços de comunicação (atividade fim); não sobre os atos que a ela conduzem (atividade meio). A simples disponibilização para usuários, dos meios materiais necessários à comunicação entre eles ainda não tipifica a prestação de serviço em exame, mas simples etapa necessária à sua implementação". (bibliografia).

Com efeito, vê-se que o teor do art. 2º, da LC nº. 87/96, que prevê as hipóteses de incidências do ICMS, não pode ganhar interpretação extensiva, de modo a ofender o princípio da legalidade tributária, na medida em que o tributo exigido pelo Apelado incide tão somente sobre atividade fim do serviço.

Não tem amparo, portanto, na LC nº. 87/96 a cláusula primeira do convênio nº. 69/98, que incluiu as referidas atividades preparatórias na base de cálculo do ICMS, na medida em que a simples disponibilização dos meios necessários à sua implementação.

Portanto, repito, as atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação, assim como as que o Apelado considerou tributáveis neste caso concreto, não podem ser entendidas como "serviços de telecomunicação" propriamente dito; por óbvio, então, que tais atividades estão fora da hipótese de exação pleiteada na CDA invectivada (ICMS).

De mais a mais, importa que no período computado pelo Apelado para apuração do suposto valor devido – **01.01.1995 a 31.12.1996** – não estava em vigor a LC nº. 87/96, tampouco o Convênio 69/98, que fazem alusão às hipóteses de incidência do ICMS sobre comunicação, incluindo nesse mister as atividades meio. Nessa esteira, não se pode olvidar que no âmbito tributário não existe retroatividade de lei que visa onerar a situação do contribuinte, de modo que o ato jurídico praticado sob a aura da lei pretérita, deve ser por esta regido.

Essa exigência deflui da necessidade de assegurar ao contribuinte a segurança e certeza quanto aos atos pretéritos em face da lei. Assim, considerando que a LC nº 87 foi promulgada em 1º.11.96, só poderia ela atingir, se fosse legal, situações futuras.

Diante do exposto, conclui-se que a CDA objeto da Execução Fiscal (fl. 84) padece de vício insanável, já que o crédito exigido pelo Apelado deriva de inexigibilidade do imposto, ante a ausência de tipicidade tributária ou, por outros dizeres, os serviços arrolados no Auto de Inflação como fato gerador não estão no campo de incidência de ICMS (e-STJ fls. 1.171-1.174).

Como se vê, o Tribunal *a quo* não deixou de observar o período a que se refere a cobrança da exação. Ao contrário, o julgador teve o cuidado de ressaltar que a legislação somente alargou a base de cálculo do ICMS, a fim de incidir sobre as chamadas "atividades-meio", após a edição da Lei Complementar nº 87/96 e que, ainda assim, isso não pode ser admitido, sob pena de ofensa aos princípios da irretroatividade da lei e da estrita legalidade tributária.

Portanto, acórdão recorrido não está eivado de omissão, pois resolveu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

No mérito, o recurso não ultrapassa a barreira de admissibilidade. Verifica-se que o acórdão recorrido foi fundamentado também com base na Constituição Federal.

É cediço o entendimento desta Corte de que o exame de matéria constitucional refoge aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

limites da competência outorgada ao STJ na estreita via do recurso especial. Mostrava-se necessária a interposição simultânea do recurso extraordinário com vistas a impugnar o fundamento constitucional autônomo e suficiente encampado pelo acórdão recorrido, sob pena de operar a preclusão da matéria constitucional, segundo a exigência contida no enunciado da Súmula 126 desta Corte:

É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

Ademais, o entendimento do acórdão recorrido – de que o ICMS somente incide sobre o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre as atividades-meio e serviços suplementares – está em harmonia com o que foi decidido nesta Corte Superior, no julgamento do REsp 816.512/PI, na sistemática dos recursos repetitivos. Confira-se a ementa do julgado:

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 comunicação propriamente dita", "meios de viabilidade ou de acesso aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 imponible 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 minguia 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 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 (REsp 816.512/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 01/02/2010, sem destaque no original).

Incide, portanto, o princípio disposto na Súmula 83/STJ, *in verbis*: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Ante o exposto, **conheço em parte do recurso especial e nego-lhe provimento.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2010/0221667-3 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.229.292 / MT**

Números Origem: 36382005 485442010 893932009

PAUTA: 16/02/2012

JULGADO: 16/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **CESAR ASFOR ROCHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : JENZ PROCHONOW JÚNIOR E OUTRO(S)
RECORRIDO : BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADO : MIKAEL AGUIRRE CAVALCANTI E OUTRO(S)

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **ALEXANDRE ORTIGÃO SAMPAIO BUARQUE SCHILLER**, pela parte RECORRIDA: **BRASIL TELECOM S/A**

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.