



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.253.423 - SC (2009/0224454-2)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
AGRAVANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : BÁRBARA LEBARBENCHON MOURA THOMASELLI BEZ E OUTRO(S)
AGRAVADO : 14 BRASIL TELECOM CELULAR S/A
ADVOGADO : FELIPE LÜCKMAN FABRO E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. ICMS. ATOS PREPARATÓRIOS OU DE NATUREZA ACESSÓRIA DO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que "é inexigível o ICMS sobre os atos preparatórios ou de natureza acessória do serviço de telecomunicação" (AgRg no Ag 1.108.510/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 1/7/09)
2. Agrado regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agrado regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (Presidente) e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de junho de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.253.423 - SC (2009/0224454-2)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
AGRAVANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : BÁRBARA LEBARBENCHON MOURA THOMASELLI BEZ E OUTRO(S)
AGRAVADO : 14 BRASIL TELECOM CELULAR S/A
ADVOGADO : FELIPE LÜCKMAN FABRO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo ESTADO DE SANTA CATARINA contra decisão de fls. 133/137e, que, ao reconhecer ser inexigível o ICMS sobre os atos preparatórios ou de natureza acessória do serviço de telecomunicação, negou provimento ao agravo de instrumento.

Em suas razões, reitera o agravante os argumentos deduzidos no recurso especial no sentido de que o acórdão prolatado pelo Tribunal *a quo* teria violado os arts. 2º, III, e 13, da Lei Complementar 87/96. Afirma que qualquer serviço oneroso de comunicação encontra-se suscetível de incidência do ICMS (fls. 141/147e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.253.423 - SC (2009/0224454-2)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. ATOS PREPARATÓRIOS OU DE NATUREZA ACESSÓRIA DO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que "é inexigível o ICMS sobre os atos preparatórios ou de natureza acessória do serviço de telecomunicação" (AgRg no Ag 1.108.510/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 1/7/09)
2. Agravo regimental não provido.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA(Relator):

A parte agravante não trouxe elementos capazes de infirmar a decisão agravada, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

Com efeito, o entendimento consolidado no Tribunal *a quo* está de acordo com a jurisprudência desta Corte no sentido de que "é inexigível o ICMS sobre os atos preparatórios ou de natureza acessória do serviço de telecomunicação" (AgRg no Ag 1.108.510/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 1/7/09).

Sobre o tema:

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

1. 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 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 serviço 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. Castro Meira, DJ 17/05/2006; REsp 418594 / PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 21/03/2005; RMS 11368 - MT, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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). 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 os serviços acessórios ou suplementares ao serviço de comunicação, deve ser reconhecida a inexigibilidade do ICMS sobre esses valores.

3. Nesse mesmo sentido é que a doutrina 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."

4. 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*.

5. Destarte, em recente jurisprudência:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

6. A analogia instituidora de tributo é vedada pelo art. 108, § 1º, do CTN, o que ocorreria *in casu* se admitido o enquadramento das atividades *sub judice* na hipótese de incidência do ICMS. 7. *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, razão pela qual só deve ser utilizada para preencher as lacunas da norma jurídica. In casu, a analogia restou utilizada para 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.

8. É cediço que o aplicador da lei deve aferir o alcance da lei através de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todos os métodos aplicáveis à ciência jurídica e, a fortiori, ao Direito Tributário, consoante as lições inesquecíveis de Amílcar Falcão, verbis: "Problema diferente é o da analogia, que muitos autores apresentam como processo de interpretação. Não parecem estar com a razão os que assim pensam. A analogia é meio de integração da ordem jurídica, através do qual, formulando raciocínios indutivos com base num dispositivo legal (analogia legis), ou em um conjunto de normas ou dispositivos legais combinados (analogia juris), se preenche a lacuna existente em determinada lei. Nesse caso, há criação de direito, ainda que o processo criador esteja vinculado à norma ou às normas preexistentes levadas em consideração. Já agora, em homenagem ao princípio da legalidade dos tributos, cabe excluir a aplicação analógica da lei, toda vez que dela resulte a criação de um débito tributário. A não ser nesse particular, o processo analógico é tão plausível em direito tributário quanto em qualquer outra disciplina, ressalvado, eventualmente, como em todos os demais ramos jurídicos, algum preceito de direito excepcional." (Amílcar Falcão. Introdução ao Direito Tributário. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 64-65)

9. Consectariamente, a cobrança de ICMS sobre os serviços suplementares ao serviço 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.

10. Precedentes jurisprudenciais: EDRESP 389403/RS, desta relatoria, DJ de 17.02.2003; RESP 401698 / ES, Relator p/ Acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 09.06.2003; AG 428.339/GO, desta relatoria, DJ de 19.04.2002; REsp 601.056/BA, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 03.04.2006).

11. 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 exigida 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.

12. Assenta-se, por fim, escapar 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.

13. Recurso especial da empresa provido. Recurso especial da Fazenda Estadual conhecido, porém, prejudicado. (REsp 760.230/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Seção, DJe 1º/7/09)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0224454-2

AgRg no
Ag 1.253.423 / SC

Números Origem: 20070025539 20070025539000200 20070025539000201

EM MESA

JULGADO: 02/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : BÁRBARA LEBARBENCHON MOURA THOMASELLI BEZ E OUTRO(S)
AGRAVADO : 14 BRASIL TELECOM CELULAR S/A
ADVOGADO : FELIPE LÜCKMAN FABRO E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : BÁRBARA LEBARBENCHON MOURA THOMASELLI BEZ E OUTRO(S)
AGRAVADO : 14 BRASIL TELECOM CELULAR S/A
ADVOGADO : FELIPE LÜCKMAN FABRO E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (Presidente) e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.