

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.753 - RJ (2010/0013333-6)

RELATOR : **MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROCURADOR : **VALDEMAR DECCACHE E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **VIVO S/A**
ADVOGADO : **CRISTIANE ROMANO E OUTRO(S)**
ASSISTENTE : **SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL - SINDITELEBRASIL**
ADVOGADO : **CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS E OUTRO(S)**

EMENTA

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

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

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

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

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

ACÓRDÃO

Superior Tribunal de Justiça

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, e, após a retificação de votos dos Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques."

Votaram com o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima e Herman Benjamin.

Não participaram do julgamento a Sr^a. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3a. Região) e os Srs. Ministros Ari Pargendler e Castro Meira.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2012.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.753 - RJ (2010/0013333-6)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : VALDEMAR DECCACHE E OUTRO(S)
RECORRIDO : VIVO S/A
ADVOGADO : CRISTIANE ROMANO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

1. O ESTADO DO RIO DE JANEIRO interpôs Recurso Especial, com fulcro na alínea a do art. 105, III da CF, em adversidade a acórdão proferido pelo TJRJ, assim ementado:

Apelação. Tributário. Pretensão de anulação de auto de infração. ICMS. Incidência sobre serviços acessórios, intermediários ou preparatórios de telefonia móvel celular. Troca de titularidade de aparelho celular, conta detalhada, troca de aparelho, troca de número, mudança de endereço de cobrança de conta telefônica, troca de área de registro, troca de plano de serviço, bloqueio DDD e DDI, habilitação e religação. Assentou-se o entendimento jurisprudencial no sentido de que não incide ICMS sobre tais serviços, que apenas possibilitam a efetiva prestação do serviço. Segundo o artigo 2o., III da Lei Complementar 87/96, o ICMS possui campo de incidência somente sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, em sentido estrito, não prevalecendo o Convênio ICMS 69/98, que dilargou de forma inadmissível o campo de incidência do imposto quando incluiu em sua cláusula primeira o serviço de habilitação. Reforma parcial da sentença para anular in totum o auto de infração. Provimento do recurso da empresa-autora. Desprovimento do apelo do Estado do Rio de Janeiro. (fls. 332/333).

2. Por ocasião do julgamento dos Embargos Declaratórios da ora recorrida, acrescentou-se:

Embargos de declaração onde o embargante, apontando omissão no que tange aos ônus sucumbenciais, requer seja afastada a sucumbência recíproca e condenado integralmente o réu naqueles ônus. Provimento, tendo em vista que restou o Estado vencido nas demandas cautelar e principal. Incidência do art. 20, 4o., do CPC e do artigo 17, § 1o. da Lei Estadual 3.350/99.

Superior Tribunal de Justiça

Embargos providos para esclarecer que fica condenado o Estado do Rio de Janeiro nos ônus da sucumbência, devendo reembolsar as custas judiciais pagas pelo embargante, tanto na ação cautelar quanto na ação principal, bem como a pagar honorários advocatícios, estes no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa dado em ambos os processos. (fls. 347).

3. Aduziu o recorrente que, ao assim decidir, o Tribunal Fluminense violou frontalmente os arts. 2o., II da LC 87/96, 60, *caput*, e § 1o. da Lei 9.472/97, além da cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98.

4. Sustentou, em síntese, a regularidade do auto de infração, pois assim como os serviços de habilitação e religamento, todos os demais ali discriminados são efetivamente tidos pela legislação pátria como *serviços de telecomunicações*, sujeitos à incidência do ICMS; isso porque, segundo o recorrente, da exegese do art. 2o., III da LC 87/96 conjugada com o art. 60, § 1o. da Lei 9.472/97, se pode extrair que *serviços de telecomunicações são todos aqueles que compreendem a oferta da comunicação em si, bem como os que de uma maneira ou de outra auxiliam direta ou indiretamente na prestação do serviço ao consumidor final.*

5. Asseverou que o Convênio 69/98 não criou uma nova hipótese de incidência do ICMS, mas apenas tipificou um serviço de comunicação que se encontra no campo de tributação do imposto, por força da determinação contida na legislação própria.

6. Requereu, ao final, a reforma do acórdão e da sentença para julgar totalmente improcedente o pedido da ação ordinária de anulação de auto de infração proposta pela ora recorrida.

7. Com contrarrazões (fls. 367/385), o recurso foi inadmitido (fls. 437/440), subindo a esta Corte por força do provimento do Ag 893.304/RJ (fls. 476/477).

8. Às fls. 485, consta decisão do então Relator, ilustre Ministro LUIZ FUX, submetendo o julgamento do presente como *representativo de*

Superior Tribunal de Justiça

controvérsia (art. 543-C do CPC), afetando-o à 1a. Seção (Res. 8/STJ).

9. O MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO, manifestou-se pelo desprovimento do Recurso Especial (fls. 492/506).

10. É o que havia de relevante para relatar.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.753 - RJ (2010/0013333-6)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : VALDEMAR DECCACHE E OUTRO(S)
RECORRIDO : VIVO S/A
ADVOGADO : CRISTIANE ROMANO E OUTRO(S)

VOTO

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS SUPLEMENTARES AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO (HABILITAÇÃO, TROCA DE TITULARIDADE, CONTA DETALHADA, TROCA DE APARELHO, TROCA DE NÚMERO, RELIGAÇÃO, MUDANÇA DE ENDEREÇO DE COBRANÇA E DE CONTA TELEFÔNICA, TROCA DE ÁREA DE REGISTRO, TROCA DE PLANO DE SERVIÇO, BLOQUEIO DDD E DDI). INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 2o., III DA LC 87/86, 60, CAPUT, E § 1o. DA LEI 9.472/97. CONVÊNIO 69/98. LEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PROVIDO, PARA PERMITIR A COBRANÇA DE ICMS NA FORMA DO CONVÊNIO 69/98. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO 08/STJ.

1. A orientação sufragada em inúmeros julgados da 1a. Seção desta Corte é de que o ICMS só deve incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, sobre a atividade-fim, e não sobre atividades-meio ou intermediárias, como são, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços; isso porque, diz-se, nesses casos, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação ou posterior à sua consumação.

2. O conceito legal de telecomunicação está disciplinado no § 1o. do art. 60 da Lei 9.472/97, como sendo a 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; esse conceito tem sido utilizado para definir o âmbito de abrangência do ICMS, como se esse imposto incidisse somente sobre a comunicação ou a telecomunicação em si; todavia, é no caput do referido artigo que se deve buscar a referência para dirimir a questão, pois ali está explicitado que serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação,

Superior Tribunal de Justiça

veiculando abrangência conceitual mais ampla.

3. *Conjugando tais dispositivos legais (LC 87/96 e Lei 9.472/97), vê-se que o que se tributa é a prestação onerosa de serviço de telecomunicação, que compreende, obviamente, o serviço remunerado que propicia a troca de mensagens/informações entre um emissor e um receptor, mas também a série de outras atividades correlatas, as quais, muito embora possam ser consideradas preparatórias ou acessórias, são indispensáveis para que a comunicação se efetive na prática, caracterizando o conjunto dessas atividades (art. 60, caput da Lei 9.472/97), o serviço de comunicação sobre o qual, na ótica legal e constitucional, deve incidir o tributo em questão, tais como troca de titularidade de aparelho celular, conta detalhada, troca de aparelho, troca de número, mudança de endereço de cobrança de conta telefônica, troca de área de registro, troca de plano de serviço, bloqueio DDD e DDI, habitação e religação; sem essas atividades, a prestação de serviço e telecomunicação é impossível.*

4. *O Convênio 69/98 que embasou a autuação da empresa recorrida e que estabelece como base de cálculo do ICMS-Comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem o processo de comunicação, não extrapola o sentido da norma legal e por isso pode ser utilizado para o fim de embasar a cobrança fiscal.*

5. *Recurso Especial do Estado do Rio de Janeiro provido para o fim de permitir a cobrança do ICMS na forma do Convênio 69/98. Acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC e à Resolução 08/STJ.*

1. Verifica-se dos autos que a TELERJ CELULAR S/A (hoje VIVO S/A) ajuizou ação cautelar preparatória com pedido de liminar e ação ordinária contra o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, objetivando a anulação do auto de infração 01.082890-3 lavrado pelo réu para cobrança de ICMS sobre serviços de habilitação, troca de titularidade, contra detalhada, troca de aparelho, troca de número, religação, mudança de endereço de cobrança e de conta telefônicas, troca de aérea de registro, troca de plano de serviço e bloqueio DDD e DDI, relativos à prestação de serviços de telefonia.

2. Aduziu a autora que tais atividades, por não se incluírem no

Superior Tribunal de Justiça

conceito *serviço de comunicação* , não constituem fato gerador do referido imposto.

3. Em primeiro grau, o pedido foi julgado parcialmente procedente, para anular parte do auto de infração, mantendo-se a incidência do imposto para os serviços de habilitação e religamento (fls. 202/207).

4. Apreciando as Apelações de ambas as partes, o Tribunal Estadual proveu o apelo da empresa-autora, para julgar totalmente procedente o pedido, pelos seguintes fundamentos:

Versam os autos sobre a incidência do ICMS sobre alguns dos serviços prestados pela TELERJ CELULAR S/A, quais sejam:

- 1. Troca de titularidade de aparelho celular*
- 2. Conta detalhada*
- 3. Troca de aparelho*
- 4. Troca de número*
- 5. Mudança de endereço de cobrança de conta telefônica*
- 6. Troca de área de registro*
- 7. Troca de plano de serviço*
- 8. Bloqueio DDD e DDI*
- 9. Habilitação*
- 10. Religação*

O d. juízo a quo entendeu que os serviços de n. 1 a 8 estão excluídos da incidência do imposto, por isso que nulo nessa parte o auto de infração de fls. 47/52, subsistindo o auto quanto aos serviços de habilitação e religação.

No entanto, prospera a irresignação da autora.

Desde logo, é preciso salientar a decisão uniformizadora oriunda do E. STJ no RMS 11.368/MT, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira

Superior Tribunal de Justiça

Seção, julgado em 13.12.2004:

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 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.

Tal entendimento foi reiterado em diversos julgados daquele Tribunal Superior, v. g. REsp. 617.107/SP, Rel. Min. ELIANA CAMON, DJ de 29.08.2005, REsp. 703.695/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 10.10.2005, REsp. 596.812/RR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 14.12.2005 e AgRg nos Edcl no REsp. 712. 418/SE, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 19.12.2005.

Efetivamente, o artigo 20., III da LC 87/96 abarca, apenas, o ICMS sobre os serviços de comunicação em sentido estrito, não sendo possível estender-se a tributação aos serviços meramente acessórios ou preparatórios à comunicação, como o fez o Convênio ICMS 69/98, ao dilargar o campo de incidência do ICMS, incluindo em sua cláusula primeira o serviço de habilitação, o que não pode prosperar. Outrossim o raciocínio é o mesmo para o serviço de religamento.

Portanto, o tema encontra-se pacificado na instância superior, cuja iterativa jurisprudência merece ser observada. (fls. 335/337).

5. A questão não é nova nesta Corte, já tendo sido submetida ao rito do recurso representativo de controvérsia por meio do REsp. 816.512/PI, Relator Ministro LUIZ FUX, cujo julgamento foi posteriormente anulado em questão de

ordem (Sessão de 08.09.2010), ante a verificação posterior de impossibilidade de conhecimento do recurso, substituindo-se aquele pela presente insurgência.

6. Não desconheço que a orientação sufragada em inúmeros julgados da 1a. Seção desta Corte é de que o ICMS só deve incidir sobre os *serviços de comunicação propriamente ditos*, no momento em que são prestados, ou seja, sobre a *atividade-fim*, e não sobre atividades-meio ou intermediárias, como são, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços; isso porque, diz-se, nesses casos, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação ou posterior a sua consumação.

7. Confira-se, a propósito, os seguintes julgados desta Corte Superior que exemplificam esse entendimento:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. 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, de assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação), e outros serviços acessórios ou suplementares ao serviço de comunicação não sofrem a incidência do ICMS, porquanto 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 da exação. Isto porque não possibilitam, por si sós, a emissão, transmissão ou recepção de informações, não se enquadrando no conceito de serviço comunicacional, mas, antes, ostentando a natureza de atos preparatórios ou posteriores à atividade tributada. (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. 1.022.257/RS, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 17/03/2008) REsp. 703.695 / PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20/09/2005; REsp. 622.208 / RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17/05/2006; REsp. 418.594 / PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 21/03/2005; RMS 11.368/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). 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.

(...).

4. O Convênio ICMS 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 recentes decisões, concluiu o E. STJ:

(...).

6. O Convênio do ICMS 66/88, antes da LC 87/96, na visão do E. STF, representava 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 escopo constitucional e de seus princípios.

(...).

Superior Tribunal de Justiça

11. Recurso especial da empresa 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. 945.037/AM, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 03.08.2009).



TRIBUTÁRIO. ICMS. CONVÊNIO 69/98. ASSINATURA MENSAL. ATIVIDADE-MEIO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. CONCEITO. INCIDÊNCIA APENAS SOBRE A ATIVIDADE-FIM. COMUNICAÇÃO EM SENTIDO ESTRITO. PRECEDENTES.

I. Este Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de analisar o conteúdo desse convênio, concluindo, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 20., 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." (REsp. 601.056/BA, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 03/04/2006). No mesmo sentido: REsp. 418.594/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 21/03/2005 e REsp. 402.047/MG, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 09/12/2003.

II. Ante a evidência de que não se trata de serviço de comunicação em sentido estrito, inviável a inclusão no seu conceito do serviço de assinatura mensal, para fins de incidência do ICMS.

III. Recurso Especial provido. (REsp. 754.393/DF, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 16/02/2009)

Superior Tribunal de Justiça

8. Todavia, melhor refletindo sobre o assunto, penso que a temática deve ser examinada sob outra ótica.

9. O art. 155, II da CF estabelece competir aos Estados instituir imposto sobre *prestação de serviços de comunicação* (do qual o serviço de telecomunicação é uma das espécies).

10. Acompanhando o texto constitucional, o art. 2o., III da LC 87/96 definiu assim a hipótese de incidência do referido imposto:

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;

11. Novamente, fala-se aqui de prestações onerosas de serviços de comunicação.

12. O conceito legal de *telecomunicação* está disciplinado no § 1o. do art. 60 da Lei 9.472/97, que assim dispõe:

§ 1o. Telecomunicação é a 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.

13. Esse conceito tem sido utilizado para definir o âmbito de abrangência do ICMS, como se esse imposto incidisse sobre a *comunicação ou a telecomunicação em si*; todavia, é no *caput* do referido artigo que se deve buscar a referência para dirimir a questão, pois ali está explicitado que:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

Superior Tribunal de Justiça

14. Conjugando tais dispositivos legais (LC 87/96 e Lei 9.472/97), temos que o que se tributa é a prestação onerosa de *serviço de telecomunicação*, que compreende, obviamente, o serviço remunerado que propicia a troca de mensagens/informações entre um emissor e um receptor, e também uma série de outras atividades correlatas, as quais, muito embora possam ser consideradas preparatórias ou acessórias, são *indispensáveis* para que a comunicação se efetive na prática, caracterizando, portanto, o *conjunto dessas atividades*, o *serviço de comunicação* sobre o qual, na ótica legal e constitucional, deve incidir o tributo em questão.

15. Assim, o Convênio 69/98 que embasou a autuação da empresa recorrida e que estabelece como base de cálculo do ICMS-Comunicação os valores cobrados *a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem o processo de comunicação*, não extrapola o sentido da norma legal e por isso pode ser utilizado para o fim de embasar a cobrança fiscal.

16. Ante o exposto, o meu voto é pelo provimento do Recurso Especial do Estado do Rio de Janeiro para o fim de permitir a cobrança do ICMS na forma do Convênio 69/98.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.753 - RJ (2010/0013333-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUESRelator:

Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro Relator, com as achegas lançadas pelos Ministros Teori Albino Zavascki e Herman Benjamin e aceitas pelo Sr. Ministro Relator, especificando todos os itens, que estão elencados na indexação.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2010/0013333-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.176.753 / RJ

Números Origem: 200613511650

200700892339

200713703373

PAUTA: 25/04/2012

JULGADO: 25/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR : VALDEMAR DECCACHE E OUTRO(S)

RECORRIDO : VIVO S/A

ADVOGADO : CRISTIANE ROMANO E OUTRO(S)

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram, oralmente, os Drs. **EMERSON BARBOSA MACIEL**, pelo recorrente e, **CRISTIANE ROMANO**, pela recorrida.

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso especial do Estado do Rio de Janeiro, no que foi acompanhado pelos votos dos Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves, pediu vista o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki."

Aguardam os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Herman Benjamin.

Afirmou suspeição o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Castro Meira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.753 - RJ (2010/0013333-6)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. CONVÊNIO 69/98. LEI COMPLEMENTAR 87/96, ART. 2º, III. SERVIÇOS ESPORÁDICOS DE CARÁTER PREPARATÓRIO. NÃO-INCIDÊNCIA DO TRIBUTO.

1. Não incide ICMS sobre o valor cobrado pelas concessionárias de telefonia como contraprestação de serviços de habilitação, troca de titularidade de aparelho celular, emissão de conta detalhada, troca de aparelho, troca de número, religação, mudança de endereço de cobrança de conta telefônica, troca de área de registro, troca de plano de serviço e bloqueio de DDD e DDI. É que tais serviços - de caráter eventual e esporádico na relação contratual, de trato nitidamente continuado, entre concessionária e usuário de telefonia -, ou tem natureza de serviços preparatórios ao serviço de comunicação propriamente dito (habilitação, religação), ou sequer guardam relação com a comunicação telefônica, por se referirem aos aspectos formais e negociais da relação contratual ou da cobrança da tarifa (emissão da conta detalhada, da mudança de endereço, da troca de área de registro, da troca de plano). Quanto ao serviço de "bloqueio de DDD e DDI", esse é serviço oposto ao da comunicação, pois se destina a impedir que a comunicação ocorra. Precedentes. Súmula 350/STJ.

2. Recurso especial desprovido, divergindo do relator.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

1. Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em ação anulatória de débito fiscal, precedida de medida cautelar, negou provimento à apelação do Estado e deu provimento ao recurso da TELERJ CELULAR S/A (atual VIVO S/A) para anular o auto de infração objeto da demanda. O aresto foi assim ementado:

Apelação. Tributário. Pretensão de anulação de auto de infração. ICMS. Incidência sobre serviços acessórios, intermediários ou preparatórios de telefonia móvel celular. Troca de titularidade de aparelho celular, conta detalhada, troca de aparelho, troca de número, mudança de endereço de cobrança de conta telefônica, troca de área de registro, troca de plano de serviço, bloqueio DDD e DDI, habilitação e religação. Assentou-se o entendimento jurisprudencial no sentido de que não incide ICMS sobre tais serviços, que apenas possibilitam a efetiva prestação do serviço. Segundo o artigo 2º, III, da Lei Complementar 87/96, o ICMS possui campo de incidência somente sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, em sentido estrito, não prevalecendo o Convênio ICMS 69/98, que dilargou de forma inadmissível o campo de incidência do imposto quando incluiu em sua cláusula primeira o serviço de habilitação. Reforma parcial da sentença para anular in totum o auto de infração. Provimento do recurso da empresa-autora. Desprovimento do apelo do Estado do Rio de Janeiro. (fls. 332-333)

Superior Tribunal de Justiça

Nas razões do recurso especial (fls. 352-364), o recorrente aponta violação aos arts. 2º, II, da LC 87/96, 60, *caput* e § 1º, da Lei 9.472/97, e à cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, sustentando que os serviços constantes do auto de infração classificam-se como serviços de comunicação, assim considerados "todos aqueles serviços que compreendem a oferta da comunicação em si, i.e., todos aqueles que de uma maneira ou de outra auxiliam direta ou indiretamente na prestação do serviço ao consumidor final" (fls. 359-360); assim, no caso, é inequívoca a incidência do ICMS, já que "os serviços impugnados pela recorrida encontram-se perfeitamente inseridos no conceito de serviço de telecomunicação fornecido pelo art. 60, *caput* e parágrafo primeiro, da Lei 9.472/97, pois sem eles seria impossível a oferta do serviço de comunicação" (fl. 361).

Nas contra-razões (fls. 367-385), a recorrida invoca preliminares de não-conhecimento e, no mérito, pede o desprovimento. Em parecer (fls. 492-506), o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso.

Iniciado o julgamento sob o regime do art. 543-C do CPC, o relator, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, deu provimento ao recurso especial em voto assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS SUPLEMENTARES AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO (HABILITAÇÃO, TROCA DE TITULARIDADE, CONTA DETALHADA, TROCA DE APARELHO, TROCA DE NÚMERO, RELIGAÇÃO, MUDANÇA DE ENDEREÇO DE COBRANÇA E DE CONTA TELEFÔNICA, TROCA DE ÁREA DE REGISTRO, TROCA DE PLANO DE SERVIÇO, BLOQUEIO DDD E DDI). INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 2º, III DA LC 87/86, 60, CAPUT, E § 1º. DA LEI 9.472/97. CONVÊNIO 69/98. LEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PROVIDO, PARA PERMITIR A COBRANÇA DE ICMS NA FORMA DO CONVÊNIO 69/98. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO 08/STJ.

1. A orientação sufragada em inúmeros julgados da 1ª. Seção desta Corte é de que o ICMS só deve incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, sobre a atividade-fim, e não sobre atividades-meio ou intermediárias, como são, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços; isso porque, diz-se, nesses casos, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação ou posterior a sua consumação.

2. O conceito legal de telecomunicação está disciplinado no § 1º. do art. 60 da Lei 9.472/97, como sendo a 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; esse conceito tem sido utilizado para definir o âmbito de abrangência do ICMS, como se esse imposto incidisse somente sobre a comunicação ou a telecomunicação em si; todavia, é no *caput* do referido artigo que se deve buscar a referência para dirimir a questão, pois ali está explicitado que serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

3. Conjugando tais dispositivos legais (LC 87/96 e Lei 9.472/97), o que se tributa é a prestação onerosa de serviço de telecomunicação, que compreende, obviamente, o serviço remunerado que propicia a troca de mensagens/informações entre um emissor e um receptor, e também a série de outras atividades correlatas, as quais, muito embora possam ser consideradas preparatórias ou acessórias, são indispensáveis para que a comunicação se efetive na prática, caracterizando o conjunto dessas atividades (art. 60, *caput* da Lei 9.472/97), o serviço de comunicação sobre o qual, na ótica legal e constitucional, deve incidir o tributo em questão, tais como troca de titularidade de aparelho celular, conta detalhada, troca de aparelho, troca de número, mudança de endereço de cobrança de conta telefônica, troca de área de registro, troca

de plano de serviço, bloqueio DDD e DDI, habilitação e religação.

4. O Convênio 69/98 que embasou a autuação da empresa recorrida e que estabelece como base de cálculo do ICMS-Comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem o processo de comunicação, não extrapola o sentido da norma legal e por isso pode ser utilizado para o fim de embasar a cobrança fiscal.

5. Recurso Especial do Estado do Rio de Janeiro provido para o fim de permitir a cobrança do ICMS na forma do Convênio 69/98. Acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC e à Resolução 08/STJ.

Os Ministros Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves acompanharam essa orientação.

Pedi vista.

2. Estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, razão pela qual, nesse ponto, acompanho o voto do relator.

3. No mérito, todavia, manifesto divergência, por continuar convencido da procedência dos fundamentos que alinhei, alguns deles vencidos, em casos análogos. Assim, em voto-vista (parcialmente vencido) proferido no REsp 760.230, Min. Luiz Fux, julgado por esta 1ª Seção (DJe de 01/07/09), em que se discutia a respeito à incidência do ICMS sobre as receitas decorrentes da cobrança de serviços de (a) habilitação dos aparelhos de radiocomunicação, (b) locação dos aparelhos e (c) manutenção e administração das estações de rádio-base, das torres de transmissão e dos softwares de gerenciamento do sistema, sustentei o seguinte:

3. Tratando do ICMS, o inciso II do art. 155 da Constituição Federal dispõe que:
"Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior".

Nos termos da Lei Complementar 87/96 o ICMS-comunicação incide sobre "(...) 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. 2º, III), considerando-se ocorrido o fato gerador "no momento (...) das prestações onerosas" (art. 12, VII) e sendo "o preço do serviço" a base de cálculo do tributo (art. 13, III). Tributável, desse modo, é a prestação de serviços de comunicação, ou "a atividade de alguém, em caráter negocial, fornecer a terceiros condições materiais para que a comunicação entre eles ocorra" (CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*, 11ª ed., 2006, Malheiros, p. 169). Em outras palavras: presta esse serviço aquele que fornece a terceiros, mediante pagamento, os meios indispensáveis à transmissão de mensagens. Meios, aqui, tem o sentido de aparato físico e lógico necessário ao resultado comunicação. Tal atividade se relaciona "ao fornecimento dos meios para a transmissão ou recebimento de mensagens e não ao seu próprio conteúdo", de modo que "presta de serviço de comunicação quem fornece o 'ambiente de comunicação'" (GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*, 2ª ed., São Paulo, Dialética, 2000, p. 122).

4. Na interpretação das normas de regência, ambas as Turmas da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do REsp nº 402.047/MG, 1ª T., Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2003, têm estabelecido a distinção entre (a) os serviços de comunicação propriamente ditos, enquadráveis no art. 2º, III, da LC nº 87/96 e, por essa razão, sujeitos ao referido tributo, e (b) as atividades preparatórias e/ou acessórias a tais serviços e, nessa condição, insuscetíveis da incidência do ICMS. O julgado ficou assim ementado:

"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 da Tipicidade Fechada, a interpretação sempre deve ser estrita, tanto para a concessão de benefícios fiscais, quanto para exigência de tributos.

À minguia 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."

Com base nesse entendimento, a jurisprudência do Tribunal tem considerado indevida a incidência do ICMS sobre certos serviços previstos no Convênio ICMS 69/98, na sua Cláusula Primeira, que assim dispõe:

"Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada".

Assim, por serem considerados serviços de natureza meramente preparatória ou de acesso ao de comunicação propriamente dito, há precedentes no sentido de que não incide ICMS sobre: (a) habilitação de telefone móvel celular (RMS nº 11.368/MT, 1ª Seção, Min. Francisco Falcão, DJ de 09.02.2005; REsp nº 769.569/MS, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19.03.2007; REsp nº 694.429/SP, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 25.08.2006); (b) instalação de linha telefônica (REsp nº 601.056/BA, 1ª T., Min. Denise Arruda, DJ de 03.04.2006); (c) adesão ao serviço de televisão por assinatura (REsp nº 418.594/PR, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19.03.2007); (d) habilitação, instalação de ponto extra, mudança de seleção de canais, instalação de equipamento e de assistência técnica em relação à TV a cabo (REsp nº 710.774/MG, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 06.03.2006).

5. Discute-se, como já referido, a incidência do ICMS sobre as receitas decorrentes da cobrança de serviços relativos à (a) habilitação dos aparelhos de rádio; (b) locação dos

aparelhos; (c) manutenção das estações de rádio-base, das torres de transmissão e dos softwares de gerenciamento do sistema.

5.1. Quanto à habilitação dos aparelhos de radiocomunicação, segundo afirma a própria recorrente/embargente na inicial dos embargos, a cobrança é realizada uma única vez e se refere à "codificação dos dados relativos a cada grupo de usuários" (fl. 4). Considerando que se trata de procedimento tipicamente protocolar cuja finalidade restringe-se ao aspecto preparatório da prestação do serviço, inexigível o ICMS sobre a receita da cobrança de tal serviço. Aqui, aplica-se, por analogia, a orientação assentada nos precedentes que reconheceram a inexigibilidade do tributo em relação à habilitação de telefone móvel celular (v.g., RMS n.º 11.368/MT, 1ª Seção, Min. Francisco Falcão, DJ de 09.02.2005).

5.2. No que se refere à locação dos aparelhos de rádio, a embargante consigna que a cobrança é realizada mensalmente (fl. 4). O objeto de contratação, em casos tais, é apenas a cessão do direito de uso do equipamento utilizado na prestação do serviço de telecomunicação, mediante remuneração. Nessas circunstâncias, não há dúvida que a locação de equipamentos não é serviço de comunicação. Aliás, segundo orientação assentada pelo Plenário do STF no julgamento do RE 116.121/SP (Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, DJ de 25.05.2001), que declarou a inconstitucionalidade da expressão "locação de bens móveis", constante do item 79 da Lista de Serviços a que se refere o Decreto-lei 406/68, não se pode confundir a prestação de serviços com a cessão de uso de um determinado bem ou produto. Confira-se, a propósito, o seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

"Cabe advertir, neste ponto, que a locação de bens móveis não se identifica e nem se qualifica, para efeitos constitucionais, como serviço, pois esse negócio jurídico - considerados os elementos essenciais que lhe compõem a estrutura material - não envolve a prática de atos que consubstanciam um *praestare* ou um *facere*."

Esse entendimento tem sido seguido por ambas as Turmas do STF: AgRg no AG 594.395/MG, 2ª T., Min. Gilmar Mendes, DJE de 29.02.2008; AgRg no RE 455.613/MG, 1ª T., Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 19.12.2007; AgRg no RE 553.223/RJ, 2ª T., Min. Joaquim Barbosa, DJ de 14.12.2007; AgRg no RE 450.120/MG, 1ª T., Min. Carlos Britto, DJ de 20.04.2007.

Ademais, ainda que se considere a locação dos aparelhos de rádio como prestação de serviço, não subsistiria a sua tributação pelo ICMS, já que configuraria atividade meramente preparatória ou acessória ao serviço de telecomunicação. Basta imaginar, por exemplo, que a locação do equipamento é totalmente dispensável, notadamente quando o usuário já possuir os aparelhos ou mesmo optar pela sua compra. A doutrina também abona esse entendimento: MATTOS, Aroldo Gomes de. *ICMS: comentários à legislação nacional*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 83; MOREIRA, André Mendes. *A tributação dos serviços de comunicação*. São Paulo: Dialética, 2006. pp. 182-184; CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS-Comunicação - não incidência sobre a prestação onerosa de serviços acessórios e aluguel de equipamentos, que empresas do setor de telecomunicações realizam em favor de seus clientes - questões conexas*. In: *Direito das Telecomunicações e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 369-370.

Dessa forma, não incide o ICMS sobre as receitas decorrentes da locação de aparelhos de rádio, seja porque não é serviço (STF, RE 116.121/SP), seja porque caracterizaria, em tese, atividade preparatória/acessória à prestação de serviço de

telecomunicação (STJ, REsp 402.047/MG).

5.3. Relativamente à denominada "Taxa de Manutenção e Administração - TMA", consoante assevera a recorrente nos embargos, a receita derivada dessa cobrança, que é paga mensalmente pelo usuário (fl. 4), refere-se ao "valor correspondente aos serviços de manutenção das estações de rádio-base, das torres de transmissão, dos softwares de gerenciamento do sistema e dos rádios" (fl. 5), por isso tem a função de "cobrir os custos de manutenção dos equipamentos utilizados na comunicação entre os rádios e dos próprios rádios (...)" (fl. 4).

Tal "taxa", como se percebe, não constitui um serviço em si, mas sim o preço pago mensalmente pelo usuário em contraprestação aos serviços indicados pela embargante. Ora, não há dúvida de que a atividade principal das empresas de comunicações, incluídas as autorizadas para o Serviço Móvel Especializado - SME, é a prestação do serviço oneroso de fornecimento, em caráter continuado, das condições materiais para que ocorra a comunicação entre o usuário e terceiro (nas palavras de GRECO, "*fornecendo o 'ambiente de comunicação'*"). Portanto, esse é o serviço de comunicação tributável pelo ICMS. Pois bem: a referida "taxa", paga mensalmente pelo usuário, retribui justamente esse serviço. Ela remunera, conforme afirmação da própria recorrente/embargante, a manutenção da infra-estrutura necessária à disponibilização do SME (= manutenção das estações de rádio-base, das torres de transmissão, dos softwares de gerenciamento do sistema). Não se trata, nesse sentido, de retribuição eventual por serviço preparatório ou acessório (geralmente caracterizado como um pagamento inicial, fixo e esporádico), mas sim um pagamento continuado correspondente à própria prestação do serviço principal de comunicação.

Em razão dessa sua natureza - de preço pela contraprestação do serviço de comunicação -, o valor da referida "taxa de manutenção e administração - TMA" integra, sem dúvida, a base de cálculo do ICMS

4. Reporto-me, também, a voto proferido perante a 1ª Turma (aliás, vencido, ao contrário do que consta da base de dados do STJ), no REsp 754.393, Min. Francisco Falcão, DJe 16.02.09, em que, de alguma forma, está traçado não apenas o conceito negativo (= o que não é), mas também o conceito positivo (= o que é) de serviço de comunicação. Discutia-se, então, a incidência ou não de ICMS sobre a cobrança da chamada "tarifa de assinatura básica". Sustentei, na oportunidade, o seguinte:

4. Todavia, não se pode confundir o *serviço de assinatura* (ou de transferência de titularidade da assinatura), referido no Convênio 69/98, que é serviço preparatório prestado pela concessionária (com significado assemelhado a adesão, habilitação, acesso), com a *tarifa de assinatura básica mensal* aqui tratada. A tarifa de assinatura básica *não é um serviço* (muito menos um serviço preparatório) prestado pela concessionária, mas sim o *preço pago mensalmente pelo usuário em contraprestação a um serviço*. Dispõe, com efeito, a Resolução n.º 426/2005, que regulamenta o Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC:

"Art. 3º - Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

(...)

XXIV - Tarifa ou preço de assinatura: valor devido pelo assinante em contrapartida da manutenção da disponibilidade do acesso telefônico de forma individualizada para fruição

Superior Tribunal de Justiça

continua do serviço".

No mesmo sentido era o conceito dado pela revogada Resolução n.º 85/1998 que a definia como o "*valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço*" (art. 3º, inciso XXI).

Por sua vez, a Resolução n.º 424/2005, que disciplina a tarificação do STFC prestado em regime público, estabelece o seguinte:

"Art. 18 - O plano básico do STFC na modalidade local prestado no regime público é constituído dos seguintes itens tarifários:

(...)

II - Tarifa de assinatura;

(...)

§ 2º - A tarifa de assinatura classifica-se, conforme a classe do assinante, em residencial, não residencial, tronco e especial.

§ 3º - O assinante da classe residencial do plano básico da concessionária do STFC local tem direito a uma franquia mensal de 200 (duzentos) minutos tarifados, que podem ser utilizados nas chamadas locais entre acessos do STFC, não cumulativos para outro período de apuração.

§ 4º - O assinante da classe não residencial ou tronco do plano básico da concessionária do STFC local tem direito a uma franquia mensal de 150 (cento e cinquenta) minutos tarifados, que podem ser utilizados nas chamadas locais entre acessos do STFC, não cumulativos para outro período de apuração."

Ora, não há dúvida de que a atividade principal das concessionárias de telefonia é a prestação do serviço oneroso de fornecimento, em caráter continuado, das condições materiais para que ocorra a comunicação entre o usuário e terceiro (nas palavras de GRECO, "*fornecendo o 'ambiente de comunicação'*"). Portanto, não há dúvida de que esse é serviço de comunicação tributável por ICMS. Pois bem: a tarifa ou preço de assinatura básica, pago mensalmente pelo usuário, retribui justamente esse serviço. Ela remunera tanto a franquia mensal em chamadas locais quanto a manutenção do acesso telefônico privativo do usuário à rede de telefonia de forma ininterrupta, ou seja, a manutenção da infra-estrutura necessária à disponibilização do STFC. Vale dizer: a tarifa de assinatura básica é o preço do serviço, e, como tal, integra a base de cálculo do tributo. Nada mais ilustrativo desse caráter retributivo que a disposição prevista no § 2º do art. 32 da Resolução n.º 426/2005, segundo a qual a prestadora do STFC tem o dever de conceder créditos proporcionais ao valor da tarifa de assinatura e ao período de suspensão do serviço, no caso de o usuário ser prejudicado com eventual interrupção do acesso à rede de telefonia. Há, portanto, inequívoca relação entre a tarifa de assinatura e a efetiva prestação de serviço de telecomunicação. Nem poderia ser diferente: como toda a tarifa ou preço, também ela (cobrada mensal e continuamente), é destinada a remunerar a prestação (também de caráter continuado) do serviço público concedido (de telefonia).

Justamente por representar contraprestação por serviço de telefonia efetivamente prestado é que a sua cobrança aos consumidores é considerada legítima na jurisprudência do STJ (REsp n.º 911.802/RS, 1ª Seção, Min. José Delgado, julgado em 24.10.2007). Aliás, nos inúmeros recursos apresentados ao STJ, em que se questiona a

legitimidade da cobrança da tarifa de assinatura básica, as próprias empresas operadoras defendem isso enfaticamente. A título exemplificativo e pela autoridade e representatividade dos seus signatários, vale referir alguns excertos de pareceres por elas apresentados nos referidos processos:

(a) Parecer do Prof. Carlos Ari Sunfeld em consulta feita pela Telecomunicações de São Paulo S.A. (TELESP-TELEFÔNICA):

"Existe um complexo sistema de redes e equipamentos para conferir ao usuário do serviço de telefonia fixa a possibilidade de originar e receber chamadas. É justamente o custo da manutenção desse complexo sistema que a cobrança de assinatura mensal visa remunerar. Aliás, tal finalidade está explicitamente referida no próprio contrato de concessão que, ao autorizar a cobrança da citada tarifa, indica a razão de fazê-lo: 'para a manutenção do direito de uso' daquele serviço (anexo 03, item 2.2 do contrato de concessão).

Ademais, é de se ressaltar que a manutenção do serviço ao usuário constitui, por si só, prestação efetiva deste serviço, ao contrário do que faz supor a alegação de abusividade.

Não é correta a suposição de que o serviço de telefonia só é prestado quando o usuário realiza uma chamada telefônica. O fato de estar conectado a uma imensa rede de comunicações constitui, indiscutivelmente, uma prestação de serviço. Deverás, o serviço de telefonia local propicia que seu usuário seja acessado por diversas pessoas, inclusive de fora da rede de telefonia local. Assim ocorre quando se recebe uma chamada de telefone móvel, de usuários de outros estados da federação e até mesmo de países diferentes. O serviço de telefonia local, portanto, além de ser um meio de comunicação local, constitui uma forma de se tornar acessível ao grande sistema de telefonia existente em todo o mundo.

Ou seja, a prestação do serviço de telefonia fixa proporciona ao usuário não somente a facilidade de acessar os demais usuários deste e de outros serviços (como os de telefonia móvel ou os situados noutras localidades), mas também lhe proporciona a possibilidade de ser acessado (possibilidade de receber chamadas).

É inegável que tudo isto produz um custo às prestadoras. Custo que não é suportado apenas quando o usuário origina chamadas locais (cobradas na conta de telefone local, por intermédio do sistema de pulsos). Necessário se faz, também, cobrir os consideráveis custos de manutenção da rede. Rede esta que lhe proporciona a facilidade de estar acessível; de receber chamadas telefônicas de qualquer parte. Este é o benefício que se extrai de ser usuário de serviço de telefonia local, mesmo que não se tenha originado uma chamada local sequer.

Ao fixar preço mínimo a ser cobrado mensalmente (assinatura do serviço), o regulador está, na verdade, buscando estabelecer uma quantia que seja suficiente para remunerar os custos envolvidos na manutenção dessa complexa estrutura, bem como de outros custos fixos, que permitem a existência de uma rede de telefonia local.

Entre esses custos encontram-se, no caso das concessionárias de telefonia fixa (como a consulente), os relativos à universalização dos serviços, isto é, ao seu oferecimento a usuários não-rentáveis e em localidades remotas, bem como os referentes à instalação de telefones de uso público por toda malha urbana da área de concessão. São obrigações assumidas pelas prestadoras nos respectivos contratos de concessão e que são de extrema relevância social. Tais comodidades, por óbvio, não são auto-sustentáveis. Os recursos para sua manutenção provêm da integralidade da estrutura tarifária prevista nos próprios contratos de concessão, especialmente da tarifa de assinatura. Não há, para este tipo de obrigação, subsídio pago diretamente pelo Poder Público, como o oriundo do fundo denominado FUST (art. 80 da Lei n.º 9.472/97).

(...) Ademais, a assinatura é cobrada em função de efetiva prestação do serviço de

Superior Tribunal de Justiça

telefonia fixa, que ocorre independentemente da originação de chamadas locais. Faz parte do serviço - sendo causa, inclusive, de altos custos para a concessionária - a manutenção de toda a rede física de telefonia local, que proporciona ao usuário a facilidade de estar conectado a toda complexa rede de comunicações telefônicas."

(b) Parecer do Prof. Paulo de Barros Carvalho em consulta feita pela Associação Brasileira de Prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado - ABRAFIX:

"O valor pago pela assinatura mensal da telefonia fixa é, sem dúvida, tarifa, tendo por objetivo custear a manutenção, aperfeiçoamento e expansão do sistema telefônico.

(...)

Todos os pontos examinados levam a uma só conclusão: o valor pago pela assinatura mensal da telefonia fixa é tarifa, decorrendo de serviço prestado em caráter contratual, não compulsório. Além disso, é elemento essencial à conservação e modernização dos equipamentos que servem de canal comunicativo, viabilizando a comunicação do assinante com terceiros."

(c) Parecer do Prof. Kazuo Watanabe em consulta feita pela Telecomunicações de São Paulo S.A. (TELESP-TELEFÔNICA) tendo em vista ação civil pública ajuizada pelo Centro de Defesa do Consumidor e Cidadania (CDCON), objetivando a suspensão da cobrança da tarifa de assinatura mensal:

"Em conclusão, a cobrança da tarifa de assinatura mensal não padece de qualquer vício de ilegalidade ou de abusividade, constituindo um componente da remuneração assegurada pela lei e pelo contrato à CONSULENTE, pela efetiva prestação de serviços de telecomunicações, consistente em assegurar aos usuários a fruição contínua de serviços."

5. No caso dos autos, discute-se a incidência do ICMS sobre as receitas decorrentes da cobrança de assinatura básica mensal na prestação de serviços de telefonia fixa, valores que, como observado, são cobrados em caráter continuado durante toda a vigência do contrato de prestação de serviço e que remuneram uma determinada franquia mensal em chamadas locais e a manutenção dos equipamentos que formam o ambiente de comunicação. Não se trata, portanto, de retribuição eventual por serviço preparatório ou acessório (geralmente caracterizado como um pagamento inicial, fixo e esporádico), mas sim um pagamento continuado correspondente à própria prestação do serviço principal de telefonia. Em razão dessa sua natureza - de preço pela contraprestação do serviço público de telefonia prestado pela concessionária -, o valor da tarifa de assinatura básica integra, sem dúvida, a base de cálculo do ICMS-comunicação.

5. Como já referido, continuo fiel ao entendimento sustentado nesses votos, o que determina, no caso dos autos, a manutenção do acórdão recorrido. Com efeito, questiona-se, aqui, a incidência de ICMS sobre os seguintes serviços: habilitação, troca de titularidade de aparelho celular, conta detalhada, troca de aparelho, troca de número, religação, mudança de endereço de cobrança de conta telefônica, troca de área de registro, troca de plano de serviço e bloqueio de DDD e DDI (fls. 5-6 e 335). Ao que se depreende da classificação técnica apresentada pela empresa concessionária - e não infirmada pelo ora recorrente -, tais serviços são assim definidos:

Superior Tribunal de Justiça

Habilitação: é o ato de ativação do aparelho telefônico móvel celular, através de programação e do registro do telefone móvel.

Troca de titularidade: transferência definitiva do direito de uso do serviço móvel celular, a pedido do cliente, para outra pessoa, física ou jurídica.

Conta detalhada: emissão de conta telefônica detalhada, a pedido do cliente, na qual são discriminados os números chamados, a duração das chamadas e o valor de cada uma delas.

Troca de aparelho: substituição de um aparelho celular por outro que o cliente indicar.

Troca de número: substituição do número da linha telefônica.

Religação: desbloqueio do telefone celular do cliente, temporariamente desligado a pedido do próprio ou por infração contratual ou à legislação pertinente em vigor.

Mudança de endereço de cobrança de conta telefônica.

Troca de área de registro: mudança de uma área de registro (área de localização na qual uma estação móvel é registrada por ocasião de sua habilitação no serviço móvel celular) para outra dentro da mesma área de atuação da Suplicante.

Troca de plano de serviço: seria, por exemplo, a troca do plano pré-pago pelo pós-pago (contrato), do plano básico para o Movistar Digital, etc.

Bloqueio de DDD e DDI: limitação solicitada pelo cliente para evitar a realização de chamadas interurbanas e internacionais. (fls. 5-6).

Ora, esses serviços - de caráter eventual e esporádico na relação contratual, de trato nitidamente continuado, entre concessionária e usuário de telefonia -, ou tem natureza de serviços preparatórios ao serviço de comunicação propriamente dito (habilitação, religação), ou sequer guardam relação com a comunicação telefônica, por se referirem aos aspectos formais e negociais da relação contratual ou da cobrança da tarifa (emissão da conta detalhada, da mudança de endereço, da troca de área de registro, da troca de plano). Quanto ao serviço de "bloqueio de DDD e DDI", esse é serviço oposto ao da comunicação, pois se destina a impedir que a comunicação ocorra.

Cumprе registrar, finalmente, que em relação ao serviço de habilitação, esta 1ª Seção aprovou a Súmula 350, ainda em vigor, nos seguintes termos: "*O ICMS não incide sobre o serviço de habilitação de telefone celular*".

6. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial, divergindo do relator. É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2010/0013333-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.176.753 / RJ

Números Origem: 200613511650

200700892339

200713703373

PAUTA: 13/06/2012

JULGADO: 27/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Ministro Impedido

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR : VALDEMAR DECCACHE E OUTRO(S)

RECORRIDO : VIVO S/A

ADVOGADO : CRISTIANE ROMANO 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:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki negando provimento ao recurso especial, pediu vista regimental o Sr. Ministro Relator. Aguardam os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Herman Benjamin."

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Afirmou suspeição o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.753 - RJ (2010/0013333-6)

EMENTA

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

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

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

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

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

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

Não obstante tenha acompanhado o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho na sessão do dia 25 de abril de 2012, refletindo melhor sobre o tema, adotei conclusão diversa, cujas razões são a seguir explicitadas. Antes, registro que o Ministro Teori Albino Zavascki, em 27 de junho de 2012, inaugurou a divergência, para negar provimento ao recurso especial,

Superior Tribunal de Justiça

reconhecendo a não incidência do ICMS sobre os serviços em comento, sendo que, naquela ocasião, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho efetuou pedido de vista regimental, a fim de aferir os fundamentos adotados no voto divergente. Posteriormente, na sessão realizada em 28 de novembro de 2012, confirmou seu entendimento sobre o tema.

A CF/88 estabelece três hipóteses distintas de incidência do ICMS: 1) circulação de mercadorias; 2) prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; 3) prestação de serviços de comunicação. É o que dispõe o art. 155, *caput* e II, da CF/88, *in verbis*: "*Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior*".

Depreende-se dos autos que a presente controvérsia refere-se à incidência ou não do ICMS sobre a prestação de serviços conexos aos de comunicação (telefonia móvel), especificamente os seguintes:

1. Troca de titularidade de aparelho celular.
2. Conta detalhada.
3. Troca de aparelho.
4. Troca de número.
5. Mudança de endereço de cobrança de conta telefônica.
6. Troca de área de registro.
7. Troca de plano de serviço.
8. Bloqueio DDD e DDI.
9. Habilitação.
10. Religação.

Não obstante as alegações do recorrente — Estado do Rio de Janeiro —, entendo que o ICMS não incide sobre a prestação dos serviços mencionados.

Conforme entendimento doutrinário, "*para que haja a incidência do ICMS-comunicação, é imperioso que exista uma fonte emissora, uma fonte receptora e uma mensagem transmitida pelo prestador do serviço. Sem esses elementos, não há comunicação; sem comunicação, não há ICMS-comunicação*" (Moreira, André Mendes. A tributação dos serviços de comunicação. São Paulo: Dialética, 2006, pág. 158).

No que se refere à habilitação — que consiste na programação, colocação em funcionamento e registro de aparelho celular —, entende o referido autor que tal serviço "*não*

Superior Tribunal de Justiça

satisfaz o primeiro e basilar requisito para cobrança do imposto em tela. Não há qualquer transmissão de mensagem quando o usuário tem seu aparelho de telefone habilitado pela prestadora, inexistindo, via de consequência, as fontes transmissora e receptora. A habilitação consiste apenas em tornar utilizável o aparelho de telefonia celular de um novo usuário. (...) A habilitação do telefone configura, portanto, uma atividade-meio, sem a qual o serviço de comunicação (atividade-fim) não pode ser prestado. E a atividade meio é inconfundível com a atividade-fim, esta sim tributável pelo ICMS" (ob. cit., pág. 158).

Essa mesma orientação foi adotada pela Primeira Seção/STJ, no julgamento do RMS 11.368/MT (Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 9.2.2005), ficando consignado no respectivo acórdão que:

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.

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.

A orientação foi consolidada na Súmula 350/STJ, *in verbis*: "O ICMS não incide sobre o serviço de habilitação de telefone celular."

Em relação aos demais serviços acima listados, aplicando-se a mesma linha de entendimento, verifica-se que não se referem a processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza.

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

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

Superior Tribunal de Justiça

O conceito de *serviço de telecomunicações* previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) — "Art. 60. *Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.*" — não pode ser utilizado para ampliar a hipótese de incidência do ICMS sobre a prestação dos serviços de comunicação, porquanto trata-se de tema sujeito à reserva de lei complementar (art. 146, III, "c", da CF/88).

Ressalte-se que *"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"*, sendo que a norma de convênio firmado entre os Estados-membros que determina a incidência do ICMS sobre tais atividades não encontra amparo na LC 87/96 (REsp 1.022.257/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 17.3.2008).

Assim, a prestação de serviços conexos aos de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim — processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza —, esta sim, passível de incidência pelo ICMS.

Em conclusão, é oportuno destacar a lição de Roque Antônio Carrazza, segundo o qual, *"para os fins do disposto no art. 155, II, da Carta Magna, só há falar em **comunicação** quando se estiver em face de um esforço humano empreendido onerosamente em benefício de outrem, de modo a criar uma interação entre o emissor e o receptor da mensagem. Ou, se preferimos: a comunicação, para fins de ICMS, exige, além da efetiva difusão da mensagem, a interação remunerada entre emissor e receptor, perfeitamente identificados"*, ou seja, é viável a incidência do tributo quando praticados *"atos de execução"* destinados à *"efetiva prestação do serviço"*, o que ocorre *"quando pelo menos duas pessoas - diversas da que presta os serviços que possibilitam a comunicação à distância e previamente identificadas - efetivamente trocam mensagens"* (ICMS. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, págs. 196 a 202).

No que se refere ao agravo regimental de fls. 871/874 — apresentado pelo Estado do Rio de Janeiro em face da decisão que deferiu o pedido de ingresso formulado pelo Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal -

Superior Tribunal de Justiça

SINDITELEBRASIL —, verifica-se que não merece reparo a decisão de fls. 863/684, sobretudo porque o art. 543-C, § 4º, do CPC autoriza que o Ministro Relator, considerando a relevância da matéria tratada em recurso especial representativo da controvérsia, admita a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na questão jurídica central.

Diante do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo regimental de fls. 871/874 acompanhando o Ministro Relator e, com a sua venia, retifico o voto anteriormente proferido, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial (acompanhando a divergência). Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.753 - RJ (2010/0013333-6)

RELATOR : **MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**
RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : VALDEMAR DECCACHE E OUTRO(S)
RECORRIDO : VIVO S/A
ADVOGADO : CRISTIANE ROMANO E OUTRO(S)
ASSISTENTE : SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE
SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL - SINDITELEBRASIL
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS E OUTRO(S)

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Obrigado, Sr. Presidente.

No tocante ao agravo regimental, que na ocasião primeira não tivemos oportunidade de votar, porque ainda não tinha sido processado, acompanho o Relator.

Desde a ocasião do voto-vista pronunciado pelo Sr. Ministro Teori Albino Zavascki eu já ia pedir à Presidência para me manifestar, mas o Relator pediu vista regimental, então, preferi aguardar.

Como o regimento nos faculta falar duas vezes sobre o tema, prestei muita atenção na ratificação do voto do Relator e foram citados vários temas, aqui, como jurisprudência predominante, súmula sobre habilitação, os votos dos Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Arnaldo Esteves Lima, falar mais seria repetição e no adiantado da hora com o processo ainda com sustentações orais.

Peço vênias ao Sr. Ministro Relator, votando pela não incidência do ICMS nesse serviço chamado de esporádico, de caráter preparatório, da telefonia.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.753 - RJ (2010/0013333-6)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR : VALDEMAR DECCACHE E OUTRO(S)

RECORRIDO : VIVO S/A

ADVOGADO : CRISTIANE ROMANO E OUTRO(S)

ASSISTENTE : SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E
DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL -
SINDITELEBRASIL

ADVOGADO : CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS E OUTRO(S)

VOTO-RATIFICAÇÃO

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS SUPLEMENTARES AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO (HABILITAÇÃO, TROCA DE TITULARIDADE, CONTA DETALHADA, TROCA DE APARELHO, TROCA DE NÚMERO, RELIGAÇÃO, MUDANÇA DE ENDEREÇO DE COBRANÇA E DE CONTA TELEFÔNICA, TROCA DE ÁREA DE REGISTRO, TROCA DE PLANO DE SERVIÇO, BLOQUEIO DDD E DDI). INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 2º, III DA LC 87/86, 60, CAPUT, E § 1º. DA LEI 9.472/97. CONVÊNIO 69/98. LEGALIDADE. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA A ADMISSÃO DO SINDITELEBRASIL COMO ASSISTENTE SIMPLES DESPROVIDO. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PROVIDO, PARA PERMITIR A COBRANÇA DE ICMS NA FORMA DO CONVÊNIO 69/98. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO 08/STJ.

1. A discussão nestes autos versa sobre a incidência de ICMS sobre serviços ditos *suplementares de comunicação*, assim identificados no auto de infração lavrado pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO: *habilitação, troca de titularidade, conta detalhada, troca de aparelho, troca de número, religação, mudança de endereço de cobrança e de contas telefônicas, troca de área de registro, troca de plano de serviço e bloqueio de DDD e DDI.*

2. O recurso foi submetido ao rito do art. 543-C do CPC e da Res. 8/STJ ainda por decisão do ilustre Ministro LUIZ FUX (fls. 485).

Superior Tribunal de Justiça

3. Na sessão de 25.04.2012, votei pelo provimento do recurso do Estado do Rio de Janeiro, perfilhando entendimento diverso daquele antes manifestado pelos integrantes da Primeira Seção desta Corte, por entender que *todo o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação* está abrangido pela incidência do referido imposto.

4. Afirmei, na oportunidade, que o *conceito legal de telecomunicação disciplinado no § 1o. do art. 60 da Lei 9.472/97* deve ser harmonizado com o disposto no *caput* do artigo, que diz:

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

5. A conjugação do disposto no art. 2o. da LC 87/96 e do art. 60, § 1o. da Lei 9.472/97, ao meu sentir, leva à conclusão de que, se o que se tributa é a prestação onerosa de serviço de telecomunicação, este compreende, obviamente, o serviço remunerado que propicia a troca de mensagens/informações entre um emissor e um receptor, e também uma série de outras atividades correlatas, as quais, muito embora possam ser consideradas preparatórias ou acessórias, são indispensáveis para que a comunicação se efetive na prática, por isso que, na ótica legal e constitucional, sobre todas elas deve incidir o tributo em questão.

6. Naquela oportunidade, conclui, no que interessa, o seguinte:

Assim, o Convênio 69/98 que embasou a autuação da empresa recorrida e que estabelece como base de cálculo do ICMS-Comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem o processo de comunicação, não extrapola o sentido da norma legal e por isso pode ser utilizado para o fim de embasar a cobrança fiscal.

7. Naquela assentada, solicitou vista dos autos o douto Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI.

8. Após, o SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL - SINDITELEBRASIL,

requereu seu ingresso no feito como assistente simples (Pet. 204199/2012), justificando a existência de interesse jurídico na demanda, suscitando, na mesma petição, incidente de inconstitucionalidade do Convênio 69/98, porque (a) teria extrapolado os limites de sua competência para ampliar a base de cálculo e a hipótese de incidência do IMCS-Telecomunicações; (b) a matéria em debate (hipótese de incidência e base de cálculo) não pode ser veiculada por mero Convênio, pois reservada à Lei Complementar, conforme a dicção do art. 146 da CF.

9. A empresa recorrida, por meio da petição de fls. 227/241 e sob idênticos fundamentos, também requereu a declaração de inconstitucionalidade do Convênio 68/98 (fls. 832/841).

10. Após ouvidas as partes, deferi o pedido de ingresso do Sindicato no feito como assistente simples (fls. 863/864).

11. Na sessão de 27.06.2012, o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI proferiu seu voto-vista, divergindo deste Relator, para, mantendo-se fiel aos precedentes desta Corte sobre a matéria, desprover o Recurso Especial.

12. Em razão desse pronunciamento e tendo em vista os judiciosos argumentos de sua Excelência, solicitei vista Regimental para reexaminar a matéria.

13. O Estado do Rio de Janeiro interpôs Agravo Regimental da decisão que admitiu o SINDICATO como assistente simples (fls. 871/874).

14. Primeiramente, anoto que não há qualquer necessidade, ao meu sentir, da instauração de incidente de inconstitucionalidade, que é faculdade do órgão julgador, não podendo ser compelido por qualquer das partes, como aliás já decidiu o STJ em diversas oportunidades.

15. Na hipótese, não se está declarando a inconstitucionalidade de qualquer norma, ao contrário, pelo meu voto, declara-se a perfeita compatibilidade do Convênio 68/98 com a legislação que rege a incidência de ICMS sobre serviços

de telecomunicações, tanto do ponto de vista legal como constitucional.

16. Quanto ao Agravo Regimental, não verifico qualquer impropriedade na admissão do SINDICATO como assistente simples. Ao contrário do que afirma o Estado, da leitura atenta das notas taquigráficas relativas à sessão anterior, observa-se que o Colegiado não deferiu ou indeferiu o pedido de assistência simples; ao contrário, afirmou-se, na oportunidade, que a questão poderia ser decidida posteriormente, prosseguindo-se o julgamento com o voto do Ministro TEORI ALBINO ZAVACKI.

17. O fato de o julgamento estar em curso, no caso concreto, não constitui obstáculo à análise do pedido, pois este encontrava-se paralisado em razão da vista regimental por mim solicitada, bem como pelo fato de o assistente simples receber o processo no estado em que se encontra, sendo sua atuação meramente acessória, subordinando-se à do assistido.

18. Anote-se que o ingresso do assistente poderá ocorrer a qualquer tempo e grau de jurisdição. Observou-se, na decisão impugnada, que não se repetirão atos ou fases processuais já praticadas ou ultrapassadas, de forma que o seu ingresso no feito em nada prejudicará o andamento do processo.

19. O interesse jurídico revela-se presente, inclusive ante a possibilidade de mudança da orientação até então segura desta Corte, fato que, sem dúvida afetará a esfera jurídica do Sindicato, que representa diversas empresas de telefonia fixa e móvel do País, repercutindo, em verdade, em todo o setor de telecomunicações. Assim, é indiscutível que a decisão a ser definitivamente proferida por esta Seção trará reflexos para toda a categoria.

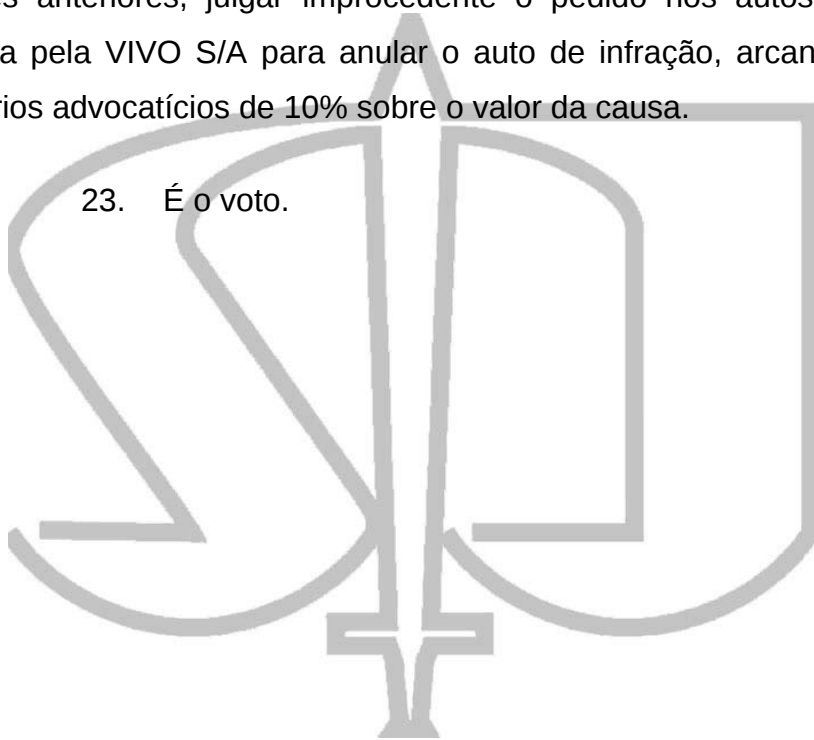
20. No mais, após a atenta leitura das razões apresentadas pelo douto Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, pedindo renovadas vênias, mantenho o entendimento antes manifestado, de que o ICMS deve incidir em todos os serviços que propiciam a *prestação de serviços de telecomunicação*, consoante previsão constitucional (art. 155, II da CF) e infraconstitucional (LC 87/96 e Lei 9.472/97), pois todos eles, além de indissociáveis, favorecem, agilizam e propiciam o processo

de comunicação.

21. Veja-se que o ICMS não incide sobre a comunicação em si, mas sim sobre uma *prestação de serviço*, que pressupõe uma relação negocial com uma das partes fornecendo as ferramentas necessárias para que a comunicação ocorra.

22. Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental e dou provimento ao Recurso Especial do Estado do Rio de Janeiro, para, reformando as decisões anteriores, julgar improcedente o pedido nos autos da ação ordinária proposta pela VIVO S/A para anular o auto de infração, arcando a recorrida com honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

23. É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2010/0013333-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.176.753 / RJ

Números Origem: 200613511650

200700892339

200713703373

PAUTA: 14/11/2012

JULGADO: 28/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : VALDEMAR DECCACHE E OUTRO(S)
RECORRIDO : VIVO S/A
ADVOGADO : CRISTIANE ROMANO E OUTRO(S)
ASSISTENTE : SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO
MÓVEL CELULAR E PESSOAL - SINDITELEBRASIL
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS 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:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, e, após a retificação de votos dos Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, que lavrará o acórdão."

Votaram com o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima e Herman Benjamin.

Não participaram do julgamento a Sr^a. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3a. Região) e os Srs. Ministros Ari Pargendler e Castro Meira.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.