

MANDADO DE SEGURANÇA

ESTABELECIMENTO DE ENSINO

Recurso

MS 69/98.

Tribunal

STJ

SERVIÇO DE HABILITAÇÃO — SE INCIDE SOBRE A ATIVIDADE

RESUMO

- Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário. - Cinge-se a discussão do presente mandado de segurança em saber se incide ou não ICMS sobre a habilitação de aparelhos celulares, tanto no período anterior, como no período posterior ao Convênio ICMS nº 69/98. - O v. Acórdão recorrido ao discorrer sobre o ponto expôs fundamentação nos seguintes termos, "verbis": "Com o presente mandado de segurança, a impetrante, concessionária de telefonia móvel celular, visa não ser cobrada do tributo, sob o fundamento de que a habilitação não é serviço de comunicação, mas mera formalidade de autorização para o direito de uso do sistema ou formalidade para a prestação do serviço de telefonia celular. E para embasar a sua tese, a impetrante escora-se no art. 60 da Lei nº 9.472/97, que define o serviço de telecomunicações e esta propriamente dita, "verbis": "Art. 60 - Serviço de Telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação. Parágrafo 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." Penso que a definição legal de serviço de telecomunicações não impede a compreensão da habilitação como uma de suas modalidades, se os respectivos serviços são justamente o conjunto de atividades que possibilitam a respectiva oferta. O judicioso parecer ministerial da lavra do eminente Procurador-Geral de Justiça, Doutor Aurélio Hans, a meu ver, norteia uma decisão escorreita, "verbis": "A descrição hipotética feita pelo inciso III, do art. 2º, da Lei Complementar nº 87/96, fala em ... 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. Percebe-se que o comando extraível do texto legal transcrito, ao mencionar serviços de comunicação, ... inclusive a geração, a emissão ... etc ... de comunicação de qualquer natureza, não toma com exclusividade as atividades que tenham por objeto a comunicação em si (geração, reprodução, ampliação e veiculação), como pretende a impetrante. Sendo mais ampla, refere-se a qualquer outra que as condicione ou aperfeiçoe. Daí o acerto do entendimento expressado no Convênio nº 69/98 - fls., de que a hipótese de incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação está a envolver, também, os procedimentos de observância necessária a que o usuário tenha acesso ao sistema, o que naturalmente inclui a "habilitação", procedimento em função do qual recebe a linha que passa a utilizar como meio efetivo de acesso ao sistema de telefonia celular, bem assim aqueles outros serviços que lhe representam comodidade ou maior facilidade na consecução do objetivo almejado, reflexivos do aperfeiçoamento do sistema. Tem razão a d. autoridade, ao sustentar que o art. 60 da Lei 9.472/97, citado pela impetrante, evidencia a correção do entendimento expressado no Convênio considerado. Afinal, ao conceituar o serviço de telecomunicações como o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação, o dispositivo citado envolve na conceituação a "habilitação" de unidade móvel transmissora/receptora de telefonia celular, a significar a conexão do aparelho ao sistema através do fornecimento de uma linha de acesso. É, sem dúvida, serviço integrante do sistema de atividades possibilitador de oferta de telecomunicação prestado pelo concessionário, mediante remuneração."(fls.) Portanto, tenho que não há direito líquido e certo de a impetrante não ser tributada em relação à habilitação da telefonia celular, pois a habilitação revela-se como serviço oneroso e integrante da oferta da telecomunicação que explora." (fls.) - "Data maxima venia", tenho que a conclusão do aresto recorrido não

parece ser a mais adequada à hipótese ora em discussão. - Com efeito, acredito que no ato de habilitação de aparelho móvel celular não ocorra qualquer serviço efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de usufruir do serviço de telecomunicações. - O esquecimento do fato da lide, portanto, impõe a discriminação entre o serviço de telecomunicações (atividade final) e o ato de habilitação do telefone celular (atividade intermediária), sendo certo que somente aquele sofre o gravame do ICMS. - Sobress

EMENTA

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.