



Para a Justiça habilitação não é serviço de comunicação

02/12/1998

Habilitação de telefone celular não é serviço de telecomunicação, não cabendo, portanto, cobrança de ICMS (25%) sobre a operação. Essa foi a sentença da 11ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, que julgou inconstitucional a cobrança de Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços retroativo sobre a habilitação de telefones celulares.

A decisão, da juíza Sílvia Maria Meirelles Novaes de Andrade, é a primeira sentença de mérito contra o Convênio 69/98 do Confaz, que permitiu aos governos estaduais efetuarem a cobrança do ICMS sobre serviços telefônicos móveis. A ação foi proposta pelo advogado Domingos Antonio Ciarlariello contra o coordenador da Administração Tributária do Estado de São Paulo e o presidente da Telesp, hoje Telefonica. Os réus podem recorrer contra a sentença no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Para a juíza, a habilitação do aparelho “é o simples ato do usuário de pedir o uso de tais serviços. Essa não se confunde com a hipótese de incidência estabelecida legalmente, que o pedido não corresponde a qualquer infra-estrutura mecânica, eletrônica ou técnica necessária à comunicação e posta à disposição usuário”.

Sílvia Maria reduz a habilitação a “uma simples manifestação de vontade feita pelo futuro usuário perante a companhia telefônica, de que pretende se utilizar desta infra-estrutura, se acaso a prestadora de serviços puder colocá-la à sua disposição”.

O recolhimento do ICMS incidente sobre a habilitação de telefone celular foi instituída pelo Convênio 69/98, com previsão de cobrança retroativa, com base na Lei Complementar 87/96, que por sua vez não contempla a habilitação no rol de serviços de comunicação, não se constituindo, portanto, fato gerador de tributo.

Para a juíza da 11ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo o Convênio tenta criar novo fato gerador de tributo, o que é ilegal, pois não tem força para se sobrepor à Lei Complementar 87/96. Ainda que tivesse enquadramento legal adequado, lembrou Sílvia Maria, “não poderia ser ele cobrado de imediato e muito menos de forma retroativa, eis que estariam sendo feridos os princípios da anterioridade e da irretroatividade das leis”.

A juíza lembrou ainda que a cobrança do ICMS sobre a habilitação dos celulares jamais poderia ser feita como taxa, “uma vez que o artigo 145, inciso II, parágrafo 2º da Constituição Federal expressamente veda que a base de cálculo das taxas seja a mesma base própria dos impostos”.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/1998-dez-02/justica_habilitacao_nao_servico_comunicacao/