



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1691549 - ES (2020/0089194-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : ESTADO DO ESPIRITO SANTO
ADVOGADO : JULIANA PAIVA FARIA FALEIRO E OUTRO(S) - ES009179
AGRAVADO : RCA COMPANY DE TELECOMUNICACOES DE VITORIA
LTDA
ADVOGADOS : GLECINEI DE OLIVEIRA BRITO - ES002977
POTIRA FERREIRA BRITO DE MACÊDO - ES011538
EDUARDO MENEZES DOS SANTOS NEVES - ES014559
NINA CAROLINA DE OLIVEIRA LIBRELON - ES017442
IVAN FRECHIANI BRITO - ES029759

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. ACESSO À INTERNET. SERVIÇO DE VALOR AGREGADO. NÃO INCIDÊNCIA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, o serviço de provedor de acesso à internet através de infraestrutura física pré-estabelecida configura serviço de valor agregado e não serviço de telecomunicação tributável pelo ICMS. Precedentes.

2. Hipótese em que o conhecimento do recurso especial encontra óbice nas Súmulas 7 e 83 do STJ, pois as instâncias ordinárias, atentas ao conjunto fático-probatório, decidiram que os débitos tributários discutidos nos presentes autos têm origem na incidência de ICMS sobre os serviços de acesso à internet (não tributável), conforme o auto de infração, o que está em conformidade com pacífico entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior.

3. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 27 de setembro de 2021.

Ministro GURGEL DE FARIA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1691549 - ES (2020/0089194-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : JULIANA PAIVA FARIA FALEIRO E OUTRO(S) - ES009179
AGRAVADO : RCA COMPANY DE TELECOMUNICACOES DE VITORIA
LTDA
ADVOGADOS : GLECINEI DE OLIVEIRA BRITO - ES002977
POTIRA FERREIRA BRITO DE MACÊDO - ES011538
EDUARDO MENEZES DOS SANTOS NEVES - ES014559
NINA CAROLINA DE OLIVEIRA LIBRELON - ES017442
IVAN FRECHIANI BRITO - ES029759

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. ACESSO À INTERNET. SERVIÇO DE VALOR AGREGADO. NÃO INCIDÊNCIA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, o serviço de provedor de acesso à internet através de infraestrutura física pré-estabelecida configura serviço de valor agregado e não serviço de telecomunicação tributável pelo ICMS. Precedentes.
2. Hipótese em que o conhecimento do recurso especial encontra óbice nas Súmulas 7 e 83 do STJ, pois as instâncias ordinárias, atentas ao conjunto fático-probatório, decidiram que os débitos tributários discutidos nos presentes autos têm origem na incidência de ICMS sobre os serviços de acesso à internet (não tributável), conforme o auto de infração, o que está em conformidade com pacífico entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior.
3. Agravo interno desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pelo ESTADO DO ESPÍRITO SANTO contra decisão por mim proferida às e-STJ fls. 1216/1218, em que conheci do agravo para, com base na Súmula 83 do STJ, não conhecer de recurso especial.

A parte agravante alega, em síntese, ser inaplicável o óbice da Súmula 83 do STJ, uma vez que o serviço tributado não se configura como mero serviço de valor agregado de provimento de acesso a internet, mas de disponibilização de infraestrutura física para o tráfego de dados.

Contraminuta apresentada.

É o relatório.

VOTO

Como ressaltado no julgado ora combatido, o recurso especial origina-se de ação anulatória de lançamento de crédito tributário de ICMS.

No primeiro grau de jurisdição, a ação foi julgada procedente. Consignou-se que o auto de infração e lançamento seria nulo por não diferenciar quais serviços prestados pela contribuinte estavam sendo tributados e, ainda, que a contribuinte prestava serviços de televisão por assinatura através de sua infraestrutura física de cabos e também fornecia serviço de acesso a internet de alta velocidade através da infraestrutura física pré-existente. Por fim, registrou-se o seguinte:

"Da análise de todas as provas juntadas aos autos e de acordo com os entendimentos acima, tenho que o caso é de declaração de nulidade do auto de infração, eis que de fato o mesmo não diferenciou em sua autuação, as atividades sobre as quais não incide imposto, - nos termos do entendimento asseverado, daquelas que sofrem a incidência." (e-STJ fls. 1080)

A apelação apresentada não foi provida pelo TJES, que manteve as conclusões adotadas na sentença pela não incidência do ICMS sobre o serviço de provimento de acesso a internet pela infraestrutura física pré-existente, em razão da sua natureza de serviço de valor agregado, que não se confunde com o serviço de telecomunicação.

No especial, a parte alega violação do art. 2º da Lei Complementar n. 87/1996 e do art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997).

Sustenta, em síntese, a diferença entre serviço de valor agregado (provedores de acesso à internet) e o serviço prestado pelas prestadoras de serviços de telecomunicação que disponibilizam sua infraestrutura física para transmissão de dados. Alega que o serviço prestado pela recorrida não se confunde com provimento de acesso à internet e, portanto, é objeto de tributação pelo ICMS.

Na decisão monocrática agravada, consignei ser inviável o conhecimento do recurso especial em razão do óbice da Súmula 83 do STJ.

Pois bem.

Esta Corte superior entende que o ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet (Súmula 334 do STJ), sendo esse definido como o serviço de "fornecimento da infraestrutura para que o usuário possa acessar a internet e, por conseguinte, as informações nela contidas" (REsp 658.626/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Turma, julgado em 02/09/2008, DJe 22/09/2008).

No mesmo sentido, apesar de enfrentar questão relativa aos serviços de valor adicionado ao serviço de telefonia:

"Trata-se, portanto, de mero serviço de valor adicionado, uma vez que o prestador se utiliza da rede de telecomunicações que lhe dá suporte para viabilizar o acesso do usuário final à Internet, por meio de uma linha telefônica, atuando como intermediário entre o usuário final e a Internet. Utiliza-se, nesse sentido, de uma infra-estrutura de telecomunicações preexistente, acrescentando ao usuário novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações (artigo 61 da Lei Geral de Telecomunicações)" (AgRg nos EDcl no Ag 883.278/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 05/05/2008).

Com efeito, "como a prestação de serviços de conexão à Internet não cuida de prestação onerosa de serviços de comunicação ou de serviços de telecomunicação, mas de serviços de valor adicionado, em face dos princípios da legalidade e da tipicidade fechada, inerentes ao ramo do direito tributário, deve ser afastada a aplicação do ICMS pela inexistência na espécie do fato impositivo" (EResp 456.650/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro FRANCIULLI NETTO, Primeira Seção, julgado em 11/05/2005, DJ 20/03/2006, p. 181).

Nesse ponto, convém fazer uma breve correção de erro material na decisão monocrática, que não interferirá na conclusão adotada.

Na ocasião, consignei que as instâncias ordinárias teriam descrito o serviço prestado pela particular como o de fornecimento de infraestrutura física para acesso à internet banda-larga, o que não se espelha na realidade dos autos.

Como se observa do que foi relatado acima, as instâncias ordinárias teriam consignado que a contribuinte prestaria dois serviços específicos: (i) o serviço de televisão por assinatura, para o qual teria fixado infraestrutura física de cabos de fibra ótica e repetidores (tributável como serviço de telecomunicação); e (ii) o serviço de acesso à internet em alta velocidade, para o qual se utilizaria da infraestrutura pré-estabelecida, como um serviço de valor agregado ao serviço de televisão por assinatura (não objeto de tributação por não se configurar como serviço de telecomunicação).

Na sentença, declarou-se que o auto de infração e lançamento seria nulo por não diferenciar quais serviços prestados pela contribuinte estavam sendo tributados, conclusão reforçada pelo acórdão recorrido ao reconhecer a não incidência do ICMS sobre o serviço específico de provedor de acesso à internet.

O TJES afirmou que "os débitos tributários discutidos nos presentes autos têm origem na incidência de ICMS sobre os serviços de comunicação de acesso à internet prestados pela empresa apelada, no período de janeiro/2007 a setembro/2011, conforme auto de infração acima referido" (e-STJ fl. 1.1245) e, com base nisso, afastou o incidência do tributo.

Vê-se, portanto, que o entendimento adotado pela instâncias ordinárias encontra amparo na jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, motivo pelo qual incide na espécie a Súmula 83 do STJ, segundo a qual "não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida", que é aplicável quando o apelo nobre é interposto com base nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

Ademais, ao tempo em que o acórdão está em conformidade com pacífico entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior, sua revisão só seria possível mediante revisão do acervo probatório para desconstituir a descrição do serviço tributado como serviço de valor agregado, providência inadequada em recurso especial, consoante enunciado da Súmula 7 do STJ.

Por fim, embora não merecedor de acolhimento, o agravo interno, no caso, não se revela manifestamente inadmissível ou improcedente, razão pela qual não deve ser aplicada a multa do § 4º do art. 1.021 do CPC/2015.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt no AREsp 1.691.549 / ES

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2020/0089194-8

Número de Origem:

00067161620168080024 67161620168080024

Sessão Virtual de 21/09/2021 a 27/09/2021

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DO ESPIRITO SANTO

PROCURADOR : JULIANA PAIVA FARIA FALEIRO E OUTRO(S) - ES009179

AGRAVADO : RCA COMPANY DE TELECOMUNICACOES DE VITORIA LTDA

ADVOGADOS : GLECINEI DE OLIVEIRA BRITO - ES002977

POTIRA FERREIRA BRITO DE MACÊDO - ES011538

EDUARDO MENEZES DOS SANTOS NEVES - ES014559

NINA CAROLINA DE OLIVEIRA LIBRELON - ES017442

IVAN FRECHIANI BRITO - ES029759

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ESTADO DO ESPIRITO SANTO

ADVOGADO : JULIANA PAIVA FARIA FALEIRO E OUTRO(S) - ES009179

AGRAVADO : RCA COMPANY DE TELECOMUNICACOES DE VITORIA LTDA

ADVOGADOS : GLECINEI DE OLIVEIRA BRITO - ES002977

POTIRA FERREIRA BRITO DE MACÊDO - ES011538

EDUARDO MENEZES DOS SANTOS NEVES - ES014559

NINA CAROLINA DE OLIVEIRA LIBRELON - ES017442

IVAN FRECHIANI BRITO - ES029759

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 28 de setembro de 2021