



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.132.695 - SP (2009/0062686-5)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
RECORRENTE : TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A
ADVOGADO : LUIS EDUARDO SCHOUERI E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : SÔNIA MARIA DE OLIVEIRA PIRAJÁ E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - ICMS - SERVIÇO DE TV A CABO -
INCIDÊNCIA - ARTS. 2º DA LEI 8.977/95 E 2º DA LC 87/96 - PRECEDENTES.

1. Incide ICMS sobre o serviço de TV a cabo, tendo em vista a interpretação literal do art. 2º da LC 87/96.
2. Precedentes de ambas as Turmas desta Corte.
3. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, em questão de ordem suscitada pela Sra. Ministra Eliana Calmon, tornou sem efeito o julgamento proferido em 23/2/2010 e, nesta sessão, negou provimento ao recurso." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr(a). MARIA EMÍLIA ELEUTÉRIO LOPES, pela parte RECORRENTE:
TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A

Brasília-DF, 02 de março de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.132.695 - SP (2009/0062686-5)

RECORRENTE : TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A
ADVOGADO : LUIS EDUARDO SCHOUERI E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : SÔNIA MARIA DE OLIVEIRA PIRAJÁ E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: - Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo assim ementado:

Serviço de TV a Cabo - Incidência tributária - Disputa cabível em mandado de segurança - Preliminar rejeitada.

Serviço de TV a Cabo - Incidência tributária - Impetrante que entende ser devido o ISS - Busca de não recolhimento de ICMS - Serviço sujeito ao imposto estadual - Recurso improvido. (f. 210)

Nas razões de recurso especial, alega-se violação do art. 535, II do CPC, art. 3º da LC 87/96 e art. 110 do CTN, sustentando, em síntese, que:

a) o acórdão recorrido é nulo por se haver omitido na apreciação do correto pedido realizado na ação ordinária, que visava afastar a incidência de ICMS sobre as receitas auferidas pela cessão de uso de rede para provimento de serviço de valor adicionado, bem como por cercear a defesa da recorrente pela negativa de juntada do voto vencido aos autos, impedindo o prequestionamento da questão federal controvertida e a interposição de recurso especial pela divergência;

b) a atividade de cessão de uso de rede de telecomunicação para a prestação de serviço adicionado é fato gerador do ISSQN, tributo municipal, e não do ICMS, por não envolver serviço de comunicação, mas consistir em prestação acessória, necessária porém não característica de serviço de comunicação;

c) a legislação de regência expressamente exclui a saída de equipamentos ou objetos de uso do contribuinte em razão de empréstimo ou locação (cf. arts. 4º, VIII da Lei 6.374/89 e 7º, IX do RICMS/SP; e

d) é vedado à Fazenda Pública alterar o conceito de prestação de serviço de comunicação para incluir o que com ele não se compatibiliza, sob pena de violação ao princípio da legalidade estrita e da tipicidade tributária. (fls. 242/261)

Contrarrazões às fls. 291/300, aduzindo:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- a)** a falta de prequestionamento da questão federal controvertida;
- b)** o incabimento do mandado de segurança na espécie, em razão da ausência de ato lesivo ao patrimônio jurídico da impetrante, bem como da inexistência de direito líquido e certo, na medida em que os fatos demandam prova pericial para sua comprovação em juízo; e
- c)** os serviços prestados pela recorrente amolda-se à perfeição ao serviço de comunicação, fato gerador do imposto estadual.

Inicialmente inadmitida a irresignação, determinei-lhe a subida para melhor exame, vindo-me após os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.132.695 - SP (2009/0062686-5)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A
ADVOGADO : LUIS EDUARDO SCHOUERI E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : SÔNIA MARIA DE OLIVEIRA PIRAJÁ E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): O acórdão recorrido adotou os seguintes fundamentos para declarar a incidência tributária do ICMS sobre a atividade de *prestação de serviço de TV a Cabo e do Serviço MMDS*:

a) a atividade da recorrente consiste no que se convencionou chamar-se *serviço de valor adicionado, pois usa cabos próprios, em rede que se estende ao longo dos logradouros públicos da cidade de São Paulo*;

b) inexistente prova de recolhimento de ISSQN ou de inscrição municipal evidenciado à subsunção da atividade ao tributo;

c) não há previsão normativa na Lei Complementar 116/2003 da atividade realizada pela recorrente, que não se confunde com a locação de bens móveis;

d) o contrato junto ao autos não cuida de locação, mas de prestação de serviços;
e

e) a atividade desempenhada pela recorrente tem definição nos arts. 60 e 61 da Lei 9.472/97, caracterizando-se como serviço de comunicação e, por conseguinte, fato gerador do ICMS. (fls. 208/217)

A pretensão fiscal funda-se no art. 2º da LC 87/96 assim redigido:

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.

A doutrina debruçou-se sobre os verbos utilizados na regra-matriz de incidência do tributo estadual para definir-lhe o sentido e o alcance à luz do princípio da legalidade e da tipicidade, que conferem legitimidade à tributação estatal.

Roque Antônio Carrazza entende que:

Temos para nós que os serviços de comunicação alcançados pelo ICMS são os prestados - por particulares, empresas privadas, empresas públicas ou sociedades de economia mista - sob regime de Direito privado (...) a prestação potencial de serviço de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comunicação é inidônea a ensejar o nascimento do ICMS em tela. Esse tributo nasce do fato "prestar serviços de comunicação". Somente o serviço de comunicação efetivamente prestado - não o potencial - abre espaço à tributação de que ora estamos cogitando.

(...)

É o caso de também destacarmos que por meio de ICMS só se podem tributar as prestações de serviço de comunicação, e não as relações jurídicas (contratos) que a elas subjazem (isto é, que se instauram entre prestadores e tomadores) (*in ICMS*. 12a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 189).

Geração significa para o léxico *o que faz algo surgir ou existir, produção ou formação*; **emissão**, por sua vez, implica em *ato ou ação de emitir a mensagem, ato ou processo ou efeito de produzir mensagem*; **recepção** tem o sentido de *o ato de receber a mensagem, e que corresponde à parte final da transmissão; entre falantes, cabe ao interlocutor ou destinatário*; **transmissão** significa envio de informação sonora ou visual por meio de ondas eletromagnéticas; **retransmissão**, por outro lado, *ato ou efeito de transmitir novamente, de executar nova transmissão*; **repetição**, *ato ou efeito de repetir* e, finalmente **ampliação** significa *ato ou efeito de ampliar(-se); ampliamiento, alargamento, dilatação*. São substantivos que demandam um complemento que, na dicção legal, é **comunicação de qualquer natureza**. Este termo tem a significação *de processo que envolve a transmissão e a recepção de mensagens entre uma fonte emissora e um destinatário receptor, no qual as informações, transmitidas por intermédio de recursos físicos (fala, audição, visão etc.) ou de aparelhos e dispositivos técnicos, são codificadas na fonte e decodificadas no destino com o uso de sistemas convencionados de signos ou símbolos sonoros, escritos, iconográficos, gestuais etc.*

A interpretação literal, portanto, leva-nos a crer que o signo *comunicação*, embora dotado de equivocidade, foi adotado como o processo que envolve no mínimo dois atores: o emissor e o receptor de uma mensagem por intermédio de processos físicos ou mecânicos postos à disposição do processo de comunicação pelo emissor e cujo destinatário é um receptor que paga pelo recebimento da mensagem ou a obtém gratuitamente (redes abertas).

A interpretação sistemática, por sua vez, indica-nos que o serviço de TV a Cabo, assim considerado o sistema de distribuição de conteúdos audiovisuais de televisão, de rádio e de outros serviços para consumidores através de cabos coaxiais fixos, ao invés do tradicional e antigo sistema de transmissão via antenas de rádio, é serviço de comunicação para fins de ICMS.

É o que se infere do art. 2º da Lei 8.977, de 6 de janeiro de 1995:

O Serviço de TV a Cabo é o serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, a assinantes, mediante transporte por meios físicos.

Na jurisprudência desta Corte, destaco os seguintes precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NATUREZA DA ATIVIDADE. MATÉRIA FÁTICA. PRODUTORA DE PROGRAMAS PARA TV A CABO. ICMS. INCIDÊNCIA.

1. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula 7/STJ).

2. "As produtoras de programas para TV a cabo ou comerciais que efetivamente não distribuem tais programas por nenhum meio físico ao público em geral, mas apenas contratam com a operadora/distribuidora de sinais de TV, não estão sujeitas ao recolhimento de ICMS, uma vez que os serviços que prestam não estão previstos na Lei Complementar n. 87/96" (REsp 726.103/MG, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, de DJ 08.08.2007).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp 763.431/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 04/10/2007 p. 178)

DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. TELEVISÃO VIA SATÉLITE DTH. INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. LOCAL DA PRESTAÇÃO. COBRANÇA DO SERVIÇO E, APÓS A LC 102/2000, ESTABELECIMENTO DO TOMADOR.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. O serviço de TV via satélite DTH é considerado serviço de telecomunicação, seja do ponto de vista material, disponibilização de modo oneroso, de meios (ou canais) necessários à comunicação à distância seja por expressa disposição legal, artigos 60 e 170 da Lei 9.472/97 e Resolução nº 220/2000, o que implica na incidência de ICMS.

3. Por se tratar de atividade meramente preparatória à comunicação, não incide ICMS no valor pago a título de adesão ao serviço.

4. Na espécie, antes da LC 102/2000, o local da prestação é o da cobrança do serviço, alínea "d" do inciso III do artigo 11 da Lei Complementar 87/96. Após, incide o disposto na alínea "c-1": "o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite". O tomador do serviço é o usuário devidamente habilitado para receber o sinal via satélite.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte. (REsp 677.108/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 01/12/2008)

TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSMISSÃO DE SINAL DE TV A CABO. INCIDÊNCIA. TAXA DE ADESÃO. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. A transmissão do sinal, quando realizada de maneira onerosa pelas empresas de TV a cabo, é considerada serviço de comunicação, nos termos do art. 2º da LC 87/1996, e se submete à tributação estadual.

2. Não incide o ICMS sobre os serviços preparatórios ou acessórios, como adesão, habilitação, instalação de equipamentos etc.

3. Agravos Regimentais não providos. (AgRg no REsp 1064596/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 09/03/2009)

Com estas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0062686-5

REsp 1132695 / SP

Números Origem: 200702823993 3064065401 3064065803 53010078021 76501 7652001

PAUTA: 18/02/2010

JULGADO: 02/03/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA CAETANA CINTRA SANTOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A
ADVOGADO : LUIS EDUARDO SCHOUERI E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : SÔNIA MARIA DE OLIVEIRA PIRAJÁ E OUTRO(S)

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). MARIA EMÍLIA ELEUTÉRIO LOPES, pela parte RECORRENTE: TVA SISTEMA DE TELEVISÃO S/A

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, em questão de ordem suscitada pela Sra. Ministra Eliana Calmon, tornou sem efeito o julgamento proferido em 23/2/2010 e, nesta sessão, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 02 de março de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária