



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.309.989 - RJ (2012/0035410-1)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MÁRCIO LEAL E OUTRO(S)
AGRAVADO : NEC DO BRASIL S/A
ADVOGADO : JOSÉ ROBERTO MORATO DO AMARAL E OUTRO(S) - SP024599

EMENTA

RECURSO FUNDADO NO NOVO CPC/2015. TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/73. NÃO OCORRÊNCIA. SOCIEDADE EMPRESÁRIA. ATIVIDADE PREPONDERANTE. ISSQN. INCIDÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC/73, quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos.

2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem no sentido de que *"não se vislumbra a preponderância da atividade de fornecimento de equipamentos, sendo certo que a apelada projeta, fornece o equipamento e depois o instala, fazendo incidir em cada atividade o tributo correspondente, deixando claro que a instalação, muito mais que uma complementação do serviço de fornecimento de máquinas, caracteriza-se como um serviço autônomo tributado por imposto municipal, isto é, o ISS"*, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme os óbices previstos nas Súmulas 5 e 7/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.309.989 - RJ (2012/0035410-1)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROCURADOR : **MÁRCIO LEAL E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **NEC DO BRASIL S/A**
ADVOGADO : **JOSÉ ROBERTO MORATO DO AMARAL E OUTRO(S) - SP024599**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de agravo interno fundado no novo CPC/2015, interposto pelo **Estado do Rio de Janeiro** desafiando decisão que não conheceu do recurso especial, sob os fundamentos de que: (I) não houve ofensa aos arts. 131, 165, 458, 514, 515 e 535 do CPC/73, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos; e (II) as instâncias ordinárias ancoraram-se no acervo fático-probatório dos autos (estatuto social da sociedade empresária e prova pericial) para solucionar a contenda, de forma que a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme os óbices previstos nas Súmulas 5 e 7/STJ.

O agravante, em suas razões, sustenta que: (I) deve ser reconhecida a apontada violação ao art. 535 do CPC/73, pois o Tribunal de origem não solucionou a contradição nem a omissão apontadas, não se havendo falar *"em inovação recursal na hipótese, pois o tema sobre o qual se configuraram os vícios não constou da contestação, porquanto somente surgiu com a sentença"* (fl. 1075), mesmo porque *"esta e. Corte, em decisão transitada em julgado, efetivamente reconheceu a ocorrência de vícios no acórdão estadual, demonstrando os pontos omissos e contraditórios ao analisar recurso anteriormente interposto (e-STJ fls. 941/944)"* (fl. 1073), fazendo referência à decisão proferida no **REsp 1084521/RJ**, também interpostos nos autos, em que reconhecida a negativa de prestação jurisdicional; e (II) devem ser afastadas as Súmulas 5 e 7/STJ, pois *"Resta incontroverso no autos que a empresa ora agravada vende as peças (mercadorias) e as instala no estabelecimento de seu cliente [...] Assim, as conclusões extraídas pelo D. Juízo de primeiro grau, e mantidas pelo Tribunal a quo estão relacionadas à definição do tributo*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidente sobre esse tipo de operação [...] Portanto, o Estado do Rio de Janeiro demonstrou em sede recursal que, não tendo os equipamentos sido fornecidos pelos usuários finais, mas vendidos pela própria empresa ora agravada, não haverá a incidência do ISS, mas do ICMS, pois neste caso haverá a preponderância de venda de mercadorias" (fl. 1077).

Aberta vista ao agravado (fl. 1081), **Nec do Brasil S.A.** defendeu a manutenção do **decisum**, sustentando que: (I) escoreita a decisão agravada na parte em que afastou a alegada negativa de prestação jurisdicional, visto que *"inexiste a apontada contradição, até porque quem enquadrou os serviços da Agravada como sendo de comunicação para sujeitá-los à tributação do ICMS, nos termos da LC nº 87/96, art 2º, I, foi o próprio Agravante, ao trazer tal disposição ao debate, ainda na fase contestatória, como fundamento da exigência fiscal [...] Obviamente, com isto restaram fixados os limites da lide com suas incontornáveis conseqüências processuais"* (fl. 1086); e (II) devem ser mantidos os óbices sumulares 5 e 7/STJ, pois tanto a sentença, quanto o acórdão recorrido ancoraram-se nos contratos apresentados, bem como na prova pericial produzida nos autos para solucionar a contenda, sendo certo que *"este conjunto probatório não só foi essencial à demonstração da natureza técnica e jurídica dos serviços prestados pela Agravada para fins de imposição do ISS, como também foi determinativo para o afastamento do ICMS exigido com os autos de infração"* (fls. 1090/1091).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.309.989 - RJ (2012/0035410-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (RELATOR): A irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados:

"Trata-se de recurso especial fundado no CPC/73, manejado pelo Estado do Rio de Janeiro, com base no art. 105, III, a e c, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado (fl. 831):

*AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL, CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO E PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, PELO RITO ORDINÁRIO. MATÉRIA TRIBUTÁRIA ICMS. APELAÇÃO NO SENTIDO DE PREVALECER O AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO PELO ESTADO. RESTOU DEMONSTRADO QUE A RECORRIDA FORNECE E INSTALA EQUIPAMENTOS DE TECNOLOGIA. EXISTÊNCIA DE AUTONOMIA ENTRE O FORNECIMENTO DO EQUIPAMENTO DE TELECOMUNICAÇÕES E SUA INSTALAÇÃO. OBRAS DE ENGENHARIA QUE SE ENQUADRAM À CONSTRUÇÃO CIVIL. ENQUADRAMENTO DO ITEM 32 DA LISTA DE SERVIÇOS DA LEI COMPLEMENTAR N º 56/87 INCIDÊNCIA DE ISS. INEXISTÊNCIA DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO **STRITU SENSU**. FATO QUE NÃO SE COADUNA À HIPÓTESE DO ARTIGO 3º INCISO V, DA LEI COMPLEMENTAR N º 87/96. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU NA INTEGRA. - RECURSO IMPROVIDO.*

Às fls. 941/944, consta decisão prolatada no REsp 1084521/RJ, da lavra do Exmo. Ministro Teori Albino Zavascki, pela qual foi dado provimento ao recurso especial por violação ao art. 535 do CPC/73, determinando-se novo julgamento dos embargos de declaração opostos pela ora recorrente às fls. 837/840. O novo julgamento do recurso aclaratório deu-se nos termos da seguinte ementa (fl. 950):

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL QUE ANULOU O ACÓRDÃO ANTERIORMENTE PROFERIDO, MANDANDO REAPRECIAR OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO E PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MANUTENÇÃO DO **DECISUM**. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO JULGADO, O QUAL APRECIOU DEVIDAMENTE TODAS AS MATÉRIAS QUE LHE FORAM SUBMETIDAS, FUNDAMENTANDO BEM O JULGADO, EMBORA DE MODO CONTRÁRIO A PRETENSÃO DO EMBARGANTE. EVIDENTE A PRETENSÃO DO EMBARGANTE NO SENTIDO DE REVOLVER A MATÉRIA FÁTICA OBJETIVANDO A MODIFICAÇÃO DO JULGADO, ANTE SEU INCONFORMISMO COM O TEOR DA DECISÃO, O QUE DESVIRTUA A FINALIDADE DESTES RECURSOS, QUAL SEJA, A DE SUPRIR EVENTUAL OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO, INEXISTENTES NA DECISÃO ATACADA. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS.

A parte recorrente aponta violação aos arts. 131, 165, 458, 514, 515, 535 do CPC/73; 8º do Decreto-Lei nº 406/68 c/c itens 32 e 74 da Lista de Serviços com a redação dada pela Lei Complementar 56/87; 1º, 2º, I, 4º, 13, I, da LC 87/96; bem como dissídio jurisprudencial. Sustenta que: (I) a despeito dos embargos de declaração, o Tribunal **a quo** remanesceu contraditório acerca das seguintes questões: (i) "se a e. Câmara reconheceu expressamente que 'restou demonstrado que a recorrida fornece e instala equipamentos de tecnologia', não há, d.v., qualquer motivo para se invocar, com fundamento da decisão, uma norma geral (LC n. 87/96, art. 2º, III) que disciplina a incidência do ICMS sobre serviços de comunicação [...] As atividades em apreço nesta lide não são de serviços de comunicação e serviços de instalação [...] As atividades são de fornecimento de mercadorias e de instalação" (fl. 961); e (ii) o "fato de ter a e. Câmara expressamente reconhecido que o cerne desta questão neste processo é determinar 'se o serviço de instalação prestado pela empresa apelada pode ou não ter características de autônomo em relação ao fornecimento de [mercadorias] de telecomunicações, afirmando, ao mesmo tempo, na ementa do julgado, que a hipótese seria de 'obras de engenharia que se enquadram na construção civil [...] Enquadramento do item 32 da Lista de serviços da lei complementar n. 56/87" (fl. 961); bem assim, omissão acerca de alegação suscitada na apelação ordinária no sentido de que "os serviços descritos pela própria Recorrida - e posteriormente pelo TJRJ - claramente não se classificam no item 32 da lista de serviços, mas estão ligados ao item 74" (fl. 963); e (II) "como constatado pela Fiscalização Estadual, embora, em determinadas operações, a Recorrida tenha vendido equipamentos de comunicação aos seus clientes, ela deixou de inserir na base de cálculo do ICMS devido por tais atividades, os valores relativos à montagem e à instalação dos equipamentos, submetendo-os à tributação do ISS [...] Ocorre que, **in casu**, as atividades de instalação e montagem não constituem fato gerador do ISS, já que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não constituíam o principal objeto da atividade desenvolvida pela Recorrida [...] Na realidade, o que se verificava, nestas operações, era uma típica hipótese de incidência do art. 8º do DL 406/68, ou seja, o fornecimento de mercadorias sujeito ao ICMS, seguido de atividades, que por seu caráter acessório, evidentemente não podem ser considerados como fato gerador do ISS" (fl. 970).

É o relatório.

Registre-se, de logo, que a decisão recorrida foi publicada na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n.2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça).

Verifica-se, inicialmente, não ter ocorrido ofensa aos arts. 131, 165, 458, 514, 515 e 535 do CPC/73, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos.

*O recorrente especial refere que, apesar dos aclaratórios, o Tribunal **a quo** remanesceu contraditório em relação a dois pontos: (i) "se a e. Câmara reconheceu expressamente que 'restou demonstrado que a recorrida fornece e instala equipamentos de tecnologia', não há, d.v., qualquer motivo para se invocar, com fundamento da decisão, uma norma geral (LC n. 87/96, art. 2º, III) que disciplina a incidência do ICMS sobre serviços de comunicação [...] As atividades em apreço nesta lide não são de serviços de comunicação e serviços de instalação [...] As atividades são de fornecimento de mercadorias e de instalação" (fl. 961); e (ii) o "fato de ter a e. Câmara expressamente reconhecido que o cerne desta questão neste processo é determinar 'se o serviço de instalação prestado pela empresa apelada pode ou não ter características de autônomo em relação ao fornecimento de [mercadorias] de telecomunicações, afirmando, ao mesmo tempo, na ementa do julgado, que a hipótese seria de 'obras de engenharia que se enquadram na construção civil [...] Enquadramento do item 32 da Lista de serviços da lei complementar n. 56/87" (fl. 961).*

*Como se sabe, a contradição sanável por meio dos embargos de declaração é aquela interna ao julgado embargado, ou seja, a incompatibilidade entre a fundamentação e o dispositivo da própria decisão. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes: **EDcl no REsp 1.200.563/RJ**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/9/2012; **EDcl no AgRg no AREsp 18.784/DF**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/3/2012; e **EDcl no AgRg no REsp 1.224.347/SC**, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 6/12/2011.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, o dispositivo do acórdão embargado (fl. 834) está em perfeita consonância com a fundamentação que lhe antecede (fls. 831/834). Portanto, não há contradição interna a ser sanada.

Ressalte-se que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Por outro lado, a respeito da omissão apontada, compulsando atentamente os autos extrai-se que a tese supostamente omitida não constou das razões de contestação (cf fls. 522/531). É sabido que "A inicial e a contestação fixam os limites da controvérsia [...] Segundo o princípio da eventualidade toda a matéria de defesa deve ser argüida na contestação" (**REsp 301.706/SP**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/5/2001, DJ 25/6/2001, p. 174).

Nesse panorama, é de se entrever que, ao suscitar, tão somente, no apelo ordinário a questão alegadamente omitida, a parte recorrente incorreu em indevida inovação recursal, não sendo possível, assim, tachar o Tribunal de origem de omissor a esse respeito. Nessa linha de raciocínio:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. QUESTÕES NÃO SUSCITADAS NA CONTESTAÇÃO OU NAS RAZÕES À APELAÇÃO. INOVAÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PRECEDENTES. ALEGADA AFRONTA AO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA MULTA PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE. INTUITO PROTETÓRIO. PENALIDADE MANTIDA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A ARGUMENTO ESPECÍFICO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA Nº 283 DO STF. ÍNDICES EXPURGADOS. OFENSA DO ART. 543-C. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA Nº 282 DO STF. SUPOSTA OFENSA À SÚMULA Nº 289 DO STJ. ALEGAÇÃO TARDIA. INOVAÇÃO DA PRETENSÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA.

1. Não subsiste a alegada ofensa do art. 535 do CPC porque o Tribunal de origem enfrentou todas as questões postas, não havendo no acórdão recorrido omissão, contradição ou obscuridade. Na espécie, a insurgência recursal configurou-se em pretensão tardia, caracterizando inovação recursal e preclusão consumativa.

[...]

6. Agravo regimental não provido.

(**AgRg no REsp 1504986/SC**, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/4/2015, DJe 24/4/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. MULTA. APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA. INOVAÇÃO DO PEDIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

I - É o autor que fixa, na petição inicial, os limites da lide, sendo que o julgador fica adstrito ao pedido, juntamente com a causa de pedir, sendo-lhe vedado decidir aquém (**citra** ou **infra petita**), fora (**extra petita**) ou além (**ultra petita**) do que foi pedido, nos termos do artigo 460 do CPC.

II - Se o julgador de primeiro grau fica adstrito ao pedido, também é vedado ao Tribunal, em sede de apelação, decidir fora dos limites da lide recursal. Embora a apelação seja o recurso de maior âmbito de devolutividade, há limites do mérito do recurso, que fica restrito às questões suscitadas e discutidas no primeiro grau de jurisdição.

III - No caso em debate, ao Tribunal de origem era defeso conhecer da matéria relativa à aplicação da lei tributária mais benéfica, levantada somente em grau de recurso, suprimindo um grau de jurisdição, por não se tratar de questão de ordem pública, mas de direito patrimonial disponível.

IV - Somente seria possível o reconhecimento da aplicação da lei tributária mais benéfica, em segundo grau de jurisdição, se o autor tivesse formulado um pedido genérico de redução da multa na inicial dos embargos de devedor, ou, ao menos, suscitado a questão antes do julgamento de primeira instância.

V - Recurso especial provido.

(**REsp 658.715/RS**, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 6/12/2004, p. 233)

Quanto ao mais, a parte recorrente sustenta que "as atividades de instalação e montagem não constituem fato gerador do ISS, já que não constituíam o principal objeto da atividade desenvolvida pela Recorrida [...] Na realidade, o que se verificava, nestas operações, era uma típica hipótese de incidência do art. 8º do DL 406/68, ou seja, o fornecimento de mercadorias sujeito ao ICMS, seguido de atividades, que por seu caráter acessório, evidentemente não podem ser considerados como fato gerador do ISS" (fl. 970). A esse respeito, a Corte Estadual assim deliberou (fls. 832/834):

"O objeto da presente lide é a anulação de autos de infração lavrados por autoridade fiscal estadual em virtude de não recolhimento de ICMS nas operações que realiza na área de comunicação, com fornecimentos, com prestação de serviços de instalação, de equipamentos adquiridos de terceiros pela filial da Nec do Brasil S/A, no Estado do Rio de Janeiro e aplicados diretamente nas obras de infra-estrutura de telecomunicações, em cumprimento a contratos de empreitada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

integral firmados com a Telerj, assim como sobre os serviços de instalação de equipamentos de sinalização de tráfego contratados pela CBTU e Concessionária Ponte Rio-Niterói.

A empresa recorrida tem sua finalidade voltada para projeção, instalação e prestação de manutenção de equipamentos de comunicações e controle de tráfego com empresas do ramo de telecomunicações.

O artigo 2º inciso III da Lei Complementar 87/96 tem o seguinte teor:

[...]

Tal artigo denota que a Lei faz incidir ICMS sobre "serviços de comunicação", onde se inserem os de telecomunicações. A interpretação do artigo supracitado indica que só há incidência de ICMS nos serviços de comunicação, portanto os serviços de instalação de estruturas para telecomunicações, não se confundem com serviços de telecomunicações. A Constituição atribui ao Estado o poder de tributar os serviços de comunicações, e não os serviços para comunicações.

O cerne desta questão é determinar se o serviço de instalação prestado pela empresa apelada, pode ou não ter características de autônomo em relação ao fornecimento de telecomunicações.

No caso vertente, resta evidenciado que se trata de serviço autônomo, este realizado pela, empresa apelada, vez que cobra pelas instalações, por ela efetuadas, configurando-se fato gerador de ISS, sendo assim, vetada a incidência de ICMS, por evidenciada bitributação, ocasionando tal fato enriquecimento sem causa por parte do Estado do Rio de Janeiro.

Ademais, não se vislumbra a preponderância da atividade de fornecimento de equipamentos, sendo certo que a apelada projeta, fornece o equipamento e depois o instala, fazendo incidir em cada atividade o tributo correspondente, deixando claro que a instalação, muito mais que uma complementação do serviço de fornecimento de máquinas, caracteriza-se como um serviço autônomo tributado por imposto municipal, isto é, o ISS.

Embora o fornecimento e a instalação dos equipamentos decorram de um mesmo instrumento contratual é correto afirmar-se que todas as atividades pertinentes à instalação constituem obrigações autônomas e de natureza distintas do fornecimento.

Adota-se no mais, como fundamentação, as razões de decidir da R. Sentença, que ficam fazendo parte do presente na forma Regimental."

Da sentença, mantida pela Corte de origem, destaca-se ainda (fls. 737/744):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...] de acordo com os autos, a prova pericial é de grande importância, mormente considerando que esclareceu quais são na verdade os serviços prestados e os fatos que ocorreram para amparar a atuação fiscal.

É totalmente perceptível que, os serviços do caso em concreto são na verdade "mistos".

De acordo com o laudo pericial, constatamos que, nos contratos celebrado entre a autora e a Telerj, a Nec fornece materiais, equipamentos e serviços necessários à expansão e modernização da rede pública de telecomunicações de diversas localidades no Estado do Rio de Janeiro.

[...]

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". Tais serviços configuram, apenas, meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação. Assim, estão fora da incidência tributária do ICMS.

Com base nesse entendimento, serviço de comunicação, para fins de incidência de ICMS, é o que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso.

Os serviços complementares para que esse processo se concretize não podem ser considerados como serviços de comunicação propriamente ditos. Os serviços necessários para que a comunicação entre em fase de comunicação são autônomos e, para fins tributários, com ela não se confundem. Não incide ICMS, por exemplo, nos valores cobrados por serviços necessários para a habilitação de cliente, cadastro de usuário e de equipamento, instalação de telefone, elaboração de projeto e quaisquer outros que tenham natureza complementar.

Pela análise desses serviços, é importante registrar que todos visam proporcionar aos clientes vantagens, uma facilidade, tais como maior agilização na transmissão de dados.

[...]

Assim sendo, considerando a prova produzida nos autos em tela e a documentação acostada, entendo que razão assiste ao autor."

Como se vê, as instâncias ordinárias ancoraram-se no acervo fático-probatório dos autos (estatuto social da sociedade empresária e prova pericial) para solucionar a contenda. Assim, a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme os óbices previstos nas Súmulas 5 e 7/STJ."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Escorreita a decisão agravada quando afastou a alegada negativa de prestação jurisdicional.

Quanto à pecha de contradição, a própria agravante reconhece que "*as contradições apontadas são internas ao julgado*" (fl. 1074). Ocorre que, como já referido no **decisum** agravado, "*A contradição que autoriza o manejo de embargos de declaração é aquela existente entre a fundamentação e o dispositivo, e não a que diz respeito à linha de fundamentação adotada no julgado*" (**EDcl no MS 22.002/DF**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 25/2/2016, DJe 3/3/2016).

Assim, ressaí nítido que, em verdade, as supostas contradições confundem-se com o inconformismo da parte acerca do julgamento da controvérsia de fundo proferido pelo Tribunal, situação não enquadrada entre os vícios do art. 535 do CPC/73, como cediço.

Por outro lado, correta a decisão agravada quando assinalou que não é possível tachar o Tribunal de origem de omissa a respeito de tese que não constou das razões de contestação (cf fls. 522/531), tendo sido suscitada tão-somente em sede de apelo ordinário.

Ressalte-se, no ponto, que não prospera a alegação da agravante de que não se há de falar "*em inovação recursal na hipótese, pois o tema sobre o qual se configuraram os vícios não constou da contestação, porquanto somente surgiu com a sentença*" (fl. 1075).

É que, a uma, a tese supostamente omitida, qual seja, a de que "*os serviços descritos pela própria Recorrida - e posteriormente pelo TJRJ - claramente não se classificam no item 32 da lista de serviços, mas estão ligados ao item 74*" (fl. 963), refere-se à classificação em si dos serviços de acordo com a lista anexa à Lei Complementar 56/87, questão esta que sequer foi abordada na sentença (cf fls. 733/744).

A duas, na petição inicial a parte autora defendeu que "*a execução dos serviços de implantação de sistemas de telecomunicações, aí incluídas a instalação de centrais telefônicas e equipamentos de transmissão e demais periféricos, obras de infra-estrutura e redes públicas de telecomunicações e demais obras assemelhadas são atividades inerentes à obra de engenharia e, como tal, se encontram tipificadas na hipótese do item 32 da lista de serviços da Lei complementar nº 56/87*" (fl. 35). Ressai nítido, pois, que incumbia à parte ré contrapor-se a essa afirmação da autoria na primeira oportunidade que tivesse de se manifestar nos autos, ou seja, na contestação, o que não se deu no caso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em arremate, não lhe socorre a alegação de que *"esta e. Corte, em decisão transitada em julgado, efetivamente reconheceu a ocorrência de vícios no acórdão estadual, demonstrando os pontos omissos e contraditórios ao analisar recurso anteriormente interposto (e-STJ fls. 941/944)"* (fl. 1073), fazendo referência à decisão proferida no **REsp 1084521/RJ**, também interposto nos autos, em que reconhecida a negativa de prestação jurisdicional.

Isso porque diversos os acórdãos objeto das irresignações: no **REsp 1084521/SP**, o acórdão de fls. 842/845, que, adotando fundamentação padronizada e genérica, rejeitou os embargos de declaração; neste recurso especial, o acórdão de fls. 949/954, que, diferentemente, explicitou que *"Evidente a pretensão do embargante no sentido de revolver a matéria fática objetivando a modificação do julgado, o que desvirtua a finalidade deste recurso"* (fl. 951); e que *"No caso descrito na demanda, resta evidenciado que se trata de serviço autônomo, este realizado pela empresa embargada, vez que cobra pelas instalações, por ela efetuadas, configurando-se fato gerador de ISS, sendo vetada a incidência de ICMS evidenciando bitributação, ocasionando tal fato enriquecimento sem causa por parte do Estado do Rio de Janeiro"* (fl. 952).

No mais, a decisão agravada assinalou que a estreita via especial não se presta à averiguação da tese de que *"as atividades de instalação e montagem não constituem fato gerador do ISS, já que não constituíam o principal objeto da atividade desenvolvida pela Recorrida [...] Na realidade, o que se verificava, nestas operações, era uma típica hipótese de incidência do art. 8º do DL 406/68, ou seja, o fornecimento de mercadorias sujeito ao ICMS, seguido de atividades, que por seu caráter acessório, evidentemente não podem ser considerados como fato gerador do ISS"* (fl. 970), haja vista demandar o revolvimento de fatos e provas soberanamente apreciados na origem.

De fato, as instâncias ordinárias ampararam-se no acervo fático-probatório dos autos (estatuto social da sociedade empresária e prova pericial) para assentar que: *"A empresa recorrida tem sua finalidade voltada para projeção, instalação e prestação de manutenção de equipamentos de comunicações e controle de tráfico com empresas do ramo de telecomunicações"*; bem assim que *"não se vislumbra a preponderância da atividade de fornecimento de equipamentos, sendo certo que a apelada projeta, fornece o equipamento e depois o instala, fazendo incidir em cada atividade o tributo correspondente, deixando claro que a instalação, muito mais que uma complementação do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

serviço de fornecimento de máquinas, caracteriza-se como um serviço autônomo tributado por imposto municipal, isto é, o ISS".

Aliás, a argumentação da parte agravante no sentido de que "o Estado do Rio de Janeiro demonstrou em sede recursal que, não tendo os equipamentos sido fornecidos pelos usuários finais, mas vendidos pela própria empresa ora agravada, não haverá a incidência do ISS, mas do ICMS, pois neste caso haverá a preponderância de venda de mercadorias" (fl. 1077) apenas reforça a constatação da decisão agravada pela incidência à espécie das Súmulas 5 e 7/STJ.

Em face do exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2012/0035410-1

**AgInt no
REsp 1.309.989 / RJ**

Números Origem: 1566890220028190001 20020011591794 200600139661

EM MESA

JULGADO: 27/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITO BELLO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MÁRCIO LEAL E OUTRO(S)
RECORRIDO : NEC DO BRASIL S/A
ADVOGADO : JOSÉ ROBERTO MORATO DO AMARAL E OUTRO(S) - SP024599

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Procedimentos Fiscais

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MÁRCIO LEAL E OUTRO(S)
AGRAVADO : NEC DO BRASIL S/A
ADVOGADO : JOSÉ ROBERTO MORATO DO AMARAL E OUTRO(S) - SP024599

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.