

Recurso Especial Cível nº 0006180-24.2019.8.19.0014

Recorrente: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Recorrido: VER TV COMUNICAÇÕES LTDA

DECISÃO

Trata-se de recurso especial tempestivo, Id. 1051, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, interposto em face de acórdão da Nona Câmara de Direito Privado, assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. SERVIÇO DE PROVEDOR DE INTERNET. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO (SVA). NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 334 DO STJ. TEMA 427 DO STJ. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. I – CASO EM EXAME 1. Apelação interposta pelo Estado contra sentença que julgou procedentes embargos à execução fiscal para declarar a inexistência de incidência de ICMS sobre atividades desempenhadas por provedor de acesso à internet, com desconstituição do crédito tributário. II – QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. Discute-se a incidência de ICMS sobre serviços prestados pela embargante, bem como a validade da garantia do juízo e eventual nulidade da sentença por alegado cerceamento de defesa. III – RAZÕES DE

DECIDIR 3. Inexistência de nulidade da sentença, uma vez que os embargos de declaração anteriores perderam objeto diante da prolação da sentença. 4. Regularidade da garantia do juízo, sendo admitido o imóvel após tentativas infrutíferas de bloqueio de ativos financeiros. 5. As atividades desempenhadas pela embargante configuram serviço de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.472/97, não se confundindo com serviço de telecomunicação. 6. Aplicação da Súmula 334 do STJ, que afasta a incidência de ICMS sobre serviços de provedor de acesso à internet. 7. Distinção entre serviço de comunicação (tributável) e atividades acessórias ou preparatórias, conforme entendimento do STJ no Tema 427. 8. Ausência de comprovação de prestação de serviço de comunicação multimídia (SCM) apto a ensejar a incidência do tributo. 9. Manutenção da sentença que declarou a inexistência do crédito tributário. IV – DISPOSITIVO E TESE 10. Recurso conhecido e desprovido, mantida integralmente a sentença, com majoração dos honorários advocatícios. Tese de julgamento: Não incide ICMS sobre serviços prestados por provedor de acesso à internet, por se tratar de serviço de valor adicionado, distinto do serviço de telecomunicação.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. PROVEDOR DE INTERNET. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. REDISCUSSÃO DO MÉRITO. REJEIÇÃO

DOS ACLARATÓRIOS. I. CASO EM EXAME 1. Embargos de declaração opostos pelo Estado do Rio de Janeiro contra acórdão que negou provimento à apelação interposta em embargos à execução fiscal, mantendo sentença que afastou a incidência de ICMS sobre atividades desempenhadas por provedor de acesso à internet. 2. O embargante sustenta omissão quanto à suficiência da garantia do juízo, à observância da ordem legal prevista no art. 11 da LEF e à análise das atividades desenvolvidas pela embargada para fins de incidência tributária. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 3. A questão em discussão consiste em verificar a existência de omissão ou contradição no acórdão embargado quanto à garantia do juízo e à natureza das atividades exercidas pela embargada. III. RAZÕES DE DECIDIR 4. Os embargos de declaração possuem finalidade integrativa e somente são cabíveis nas hipóteses previstas no art. 1.022 do CPC, não se prestando à rediscussão do mérito da controvérsia. 5. O acórdão embargado enfrentou expressamente a questão relativa à garantia do juízo, consignando que o imóvel ofertado somente foi admitido após tentativas frustradas de bloqueio eletrônico de ativos financeiros. 6. Também não há omissão quanto à atividade desenvolvida pela embargada, tendo o acórdão reconhecido tratar-se de serviço de valor adicionado, distinto do serviço de comunicação, afastando a incidência de ICMS, nos termos da Súmula 334 do STJ e do Tema 427. 7. A irrisignação do embargante revela mero inconformismo com o resultado do julgamento, circunstância que não autoriza o acolhimento dos

aclaratórios. IV. DISPOSITIVO E TESE 8. Recurso conhecido e rejeitado. Tese de julgamento: "1. Os embargos de declaração não se prestam à rediscussão do mérito da controvérsia. 2. Não há omissão quando o acórdão enfrenta adequadamente as questões essenciais ao deslinde da causa. 3. Não incide ICMS sobre serviços de provedor de acesso à internet, por se tratar de serviço de valor adicionado."

Nas suas razões recursais, o recorrente alega violação aos artigos 489, §1º, III, IV, V, 1.022, II, parágrafo único, II, do CPC, pois não foram analisados os elementos probatórios juntados pelo Estado, os quais demonstravam que a atividade desenvolvida pela devedora era tributável; bem como violação ao art. 373, I, do CPC/15, arts. 2, §5º, 4 da LEF e art. 204 do CTN, pois a presunção de veracidade e legitimidade do auto de infração e da Certidão da Dívida Ativa não foi observada, ocorrendo verdadeira inversão do ônus de prova em favor da devedora, que não logrou êxito em desconstituir a referida presunção juris tantum. Por fim, alega que foram violados os arts. 505 e 797 do CPC, e arts. 11 e 16, §1º, da LEF, em virtude da não observância da ordem legal prevista na Lei de Execuções Fiscais, além do bem imóvel oferecido ser dotado de baixa liquidez e insuficiente para garantir a execução fiscal.

Sustenta que a VER TV não trouxe aos autos nenhuma comprovação de que os serviços desempenhados se enquadram no conceito de SVA. Não há nos autos nenhuma cópia dos contratos relativos às prestações autuadas ou até minutas-padrão praticadas pela VER TV. Pelo contrário, os documentos trazidos aos autos comprovam que o serviço prestado tem natureza jurídica de Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, que é – como visto – tributado pelo ICMS.

Contrarrazões no Id. 1071.

É o brevíssimo relatório.

Verifica-se que o acórdão recorrido está em conformidade com o **Tema nº 427 do STJ**, dos recursos paradigmas REsp 1176753/RJ e REsp 816512/PI:

Tema 427: *“Questão referente à ilegitimidade da incidência do ICMS sobre serviços suplementares ao serviços de comunicação (atividade-meio), sob pena de violação ao princípio da tipicidade tributária.”*

Tese firmada: *“A incidência do ICMS, no que se refere à prestação dos serviços de comunicação, deve ser extraída da Constituição Federal e da LC 87/96, incidindo o tributo sobre os serviços de comunicação prestados de forma onerosa, através de qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza (art. 2º, III, da LC 87/96). A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público),*

por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS."

Veja-se o que consta da fundamentação do acórdão recorrido, id 95:

(...) II – QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. Discute-se a incidência de ICMS sobre serviços prestados pela embargante, bem como a validade da garantia do juízo e eventual nulidade da sentença por alegado cerceamento de defesa. III – RAZÕES DE DECIDIR 3. Inexistência de nulidade da sentença, uma vez que os embargos de declaração anteriores perderam objeto diante da prolação da sentença. 4. Regularidade da garantia do juízo, sendo admitido o imóvel após tentativas infrutíferas de bloqueio de ativos financeiros. 5. As atividades desempenhadas pela embargante configuram serviço de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.472/97, não se confundindo com serviço de telecomunicação. 6. Aplicação da Súmula 334 do STJ, que afasta a incidência de ICMS sobre serviços de provedor de acesso à internet. 7. **Distinção entre serviço de comunicação (tributável) e atividades acessórias ou preparatórias, conforme entendimento do STJ no Tema 427.** 8. Ausência de comprovação de prestação de serviço de comunicação multimídia (SCM) apto a ensejar a incidência do tributo. 9. Manutenção da sentença que declarou a inexistência do crédito tributário. IV – DISPOSITIVO

E TESE 10. Recurso conhecido e desprovido, mantida integralmente a sentença, com majoração dos honorários advocatícios. Tese de julgamento: Não incide ICMS sobre serviços prestados por provedor de acesso à internet, por se tratar de serviço de valor adicionado, distinto do serviço de telecomunicação. (...)

No tocante à alegação de não observância da presunção de legitimidade e veracidade do auto de infração e da CDA, ocorrendo inversão do ônus da prova em favor da devedora, em violação ao art. 373, I, do CPC/15, arts. 2, §5º, 4 da LEF e art. 204 do CTN; de não observância da ordem legal prevista na Lei de Execuções Fiscais e o aceite de bem imóvel dotado de baixa liquidez e insuficiente para garantir a execução fiscal, em violação aos arts. 505 e 797, do CPC/15, e arts. 11 e 16, §1º, da LEF, o recurso há de ser inadmitido uma vez que o detido exame das razões recursais revela que o recorrente, pretende, por via transversa, a revisão de matéria de fato, apreciada e julgada com base nas provas produzidas nos autos, que não perfaz questão de direito, mas tão somente reanálise fático-probatória, inadequada para interposição de recurso especial.

Oportuno realçar, a esse respeito, o consignado no julgamento do REsp 336.741/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 07/04/2003, "(...) se, nos moldes em que delineada a questão federal, há necessidade de se incursionar na seara fático-probatória, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias, não merece trânsito o recurso especial, ante o veto da súmula 7-STJ".

Pelo que se depreende da leitura do acórdão recorrido, eventual modificação da conclusão do Colegiado passaria pela seara fático-probatória, questão soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias, de modo que não merece trânsito

o recurso especial, face ao óbice do **Enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça**.

Nesse sentido:

“AGRAVO INTERNO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC. REEXAME DO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. PARTILHA. USO EXCLUSIVO DE BEM IMÓVEL POR UM DOS EX-CÔNJUGES. PAGAMENTO DE ALUGUÉIS. JUROS DE MORA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO VERIFICADO. (...) 2. A reapreciação do suporte fático-probatório dos autos é vedada nesta Corte, pelo óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". (...) 6. O dissídio jurisprudencial não foi demonstrado nos moldes regimentais, o que impede o conhecimento do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional. 7. Agravo interno não provido.” (AgInt no REsp n. 1.782.828/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 29/10/2019, DJe de 5/11/2019.)

Portanto, o recurso especial não merece ser admitido. As demais questões suscitadas no recurso foram absorvidas pelos fundamentos desta que lhes são prejudiciais.

À vista do exposto, em estrita observância ao disposto no art. 1030, I, “b” do Código de Processo Civil, **NEGO SEGUIMENTO** ao recurso interposto à luz do



Tema 427 do STJ (*Questão referente à ilegitimidade da incidência do ICMS sobre serviços suplementares ao serviços de comunicação (atividade-meio)*), nos termos da fundamentação supra; e, com relação às demais alegações, o **INADMITO**.

Intimem-se.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

Desembargador **HELENO NUNES**

Terceiro Vice-Presidente