



APELAÇÃO CÍVEL N. 0101466-97.2021.8.19.0001

Apelante: Hispamar Satélites S/A

Apelado: Estado Do Rio De Janeiro

Relatora: Desembargadora Rose Marie Pimentel Martins

EMENTA: APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO DE ICMS/FECF. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO VIA SATÉLITE. ATIVIDADES-MEIO E SERVIÇOS SUPLEMENTARES. AUSÊNCIA DE INCIDÊNCIA DE ICMS. IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS ESCRITURAIS E DE SALDO CREDOR ACUMULADO. TEMA REPETITIVO 427 DO STJ. TEMA 541 DO STJ. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

I. CASO EM EXAME

1. Ação declaratória ajuizada por empresa atuante no setor de telecomunicações via satélite em face do Estado do Rio de Janeiro, objetivando o reconhecimento do direito ao aproveitamento de créditos escriturais de ICMS/FECF decorrentes da aquisição de energia elétrica consumida na prestação de serviços de telecomunicação, bem como o reconhecimento do direito ao aproveitamento de saldo credor acumulado de ICMS.

2. Sentença de improcedência dos pedidos, com revogação da tutela anteriormente deferida, ao fundamento de que a autora não comprovou exercer atividade-fim de telecomunicação sujeita à incidência do ICMS, mas apenas atividades-meio e serviços suplementares relacionados ao provimento de capacidade satelital e locação de equipamentos, conforme reconhecido em ação anulatória anteriormente ajuizada pela própria autora.

3. Recurso de apelação da autora sustentando nulidade da sentença por julgamento extra petita e citra petita, desnecessidade de comprovação do quantum do crédito tributário em demanda declaratória, além do direito ao creditamento de ICMS/FECF sobre energia elétrica consumida na prestação de serviços de telecomunicação e ao aproveitamento de saldo credor acumulado de

Secretaria da Quinta Câmara de Direito Público
Rua Dom Manuel, 37, 3º andar – Sala 328 – Lâmina III
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010

Tel.: + 55 21 3133-6148 – E-mail: 05cdirpub@tjrj.jus.br – PROT. 14580





APELAÇÃO CÍVEL N. 0101466-97.2021.8.19.0001

ICMS, com fundamento no princípio da não cumulatividade e na tese firmada pelo STJ no Tema 541.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. A questão em discussão consiste em verificar: (i) se a sentença incorreu em nulidade por julgamento extra petita ou citra petita; (ii) se a autora comprovou o efetivo exercício de atividade de telecomunicação sujeita à incidência do ICMS; e (iii) se faz jus ao aproveitamento de créditos escriturais de ICMS/FECP e de saldo credor acumulado de ICMS, à luz do princípio da não cumulatividade.

III. RAZÕES DE DECIDIR

5. Inocorrência de julgamento extra petita ou citra petita, tendo o Juízo de origem enfrentado adequadamente os fundamentos necessários ao deslinde da controvérsia, especialmente quanto à ausência de comprovação do exercício de atividade-fim sujeita à incidência do ICMS.

6. Sentença corretamente fundamentada nos efeitos jurídicos e probatórios decorrentes do julgamento da ação anulatória nº 0214271-61.2019.8.19.0001, na qual restou reconhecido que as atividades exercidas pela autora consistem em atividades-meio e serviços suplementares relacionados ao provimento de capacidade satelital e locação de equipamentos.

7. Reconhecimento, na ação anulatória anterior, de que o provimento de capacidade satelital não configura serviço de telecomunicação propriamente dito, tratando-se de atividade acessória destinada a viabilizar a comunicação realizada por terceiros, inexistindo incidência de ICMS-Comunicação.

8. Aplicação do Tema Repetitivo nº 427 do STJ (REsp nº 1.176.753/RJ), segundo o qual não incide ICMS sobre serviços suplementares, preparatórios, acessórios ou intermediários à prestação do serviço de comunicação, por não se confundirem com a atividade-fim de transmissão, emissão ou recepção de informações.



APELAÇÃO CÍVEL N. 0101466-97.2021.8.19.0001

9. Atividades exercidas pela autora que configuram mera infraestrutura ou atividade preparatória à prestação do serviço de telecomunicação, não se caracterizando como serviço tributável pelo ICMS.

10. Inaplicabilidade do Tema 541 do STJ (REsp nº 1.201.635/MG), que reconhece o direito ao creditamento de ICMS sobre energia elétrica consumida por empresas prestadoras de serviços de telecomunicação equiparadas à indústria básica, por ausência de comprovação de que a autora efetivamente exerça atividade-fim submetida à incidência do imposto estadual.

11. Mera previsão contratual genérica acerca da prestação de serviços de comunicação multimídia via satélite que não comprova o efetivo exercício de atividade tributável.

12. Ônus da prova do fato constitutivo do direito que incumbia à autora, nos termos do art. 373, I, do CPC, não tendo sido produzida prova técnica, documental ou pericial apta a demonstrar o exercício de atividade-fim de telecomunicação distinta das atividades-meio anteriormente reconhecidas.

IV. DISPOSITIVO

13. Recurso conhecido e desprovido, mantida integralmente a sentença.

14. Majoração dos honorários advocatícios em 2%, nos termos do art. 85, §11, do CPC.

Dispositivos legais relevantes citados: CPC, arts. 141, 373, I, 489, 490, 492, 1.003, §5º, 1.007, §1º, 1.010, 1.012, 1.013, §3º, 1.022, II, e 85, §11; LC nº 87/96, art. 33, II, “b”; Decreto Federal nº 640/62.

Jurisprudência relevante citada: STJ, REsp nº 1.176.753/RJ, Tema Repetitivo 427; STJ, REsp nº 1.201.635/MG, Tema 541; STF, ARE 1.138.434 AgR; TJRJ, 0139412-45.2017.8.19.0001, Apelação/Remessa Necessária, Des. Nagib Slaibi Filho, Julgamento: 05/07/2023, Terceira Câmara de Direito Público; TJRJ, 0281064-55.2014.8.19.0001, Apelação, Des. André Emilio Ribeiro Von



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quinta Câmara de Direito Público



APELAÇÃO CÍVEL N. 0101466-97.2021.8.19.0001

Melentovytych, Julgamento: 25/03/2021, Vigésima Primeira Câmara
Cível.

A C Ó R D ã O

VISTOS, relatados e discutidos os autos Apelação Cível n. **0101466-97.2021.8.19.0001** em que é Apelante Hispamar Satélites S/A e Apelado o Estado do Rio de Janeiro; ACORDAM os Desembargadores que compõem a Quinta Câmara de Direito Público, por UNANIMIDADE, em **negar provimento** ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Desembargadora **ROSE MARIE PIMENTEL MARTINS**

Relatora





RELATÓRIO

Recorre, tempestivamente, Hispamar Satélites S/A da sentença (index 410 integrada pela de index 452), proferida pelo Magistrado Otavio Mauro Nobre, oriunda da **11ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital**, a qual, em ação declaratória para reconhecer o direito ao creditamento do ICMS, julgou improcedentes os pedidos nos seguintes termos:

"(...) Contudo, na solução da questão, necessária a análise do alcance da decisão nos autos do processo n. 0214271-61.2019.8.19.0001 e seu acórdão onde se julgou e decidiu acerca da não incidência de ICMS nas operações da autora, conforme fls. 356/357:

"Para fins tributários, serviço corresponde a uma obrigação de fazer. Existe, na hipótese, a prestação de serviços por parte dos proprietários dos satélites, a fim de viabilizar a transmissão de dados (comunicação) de terceiros. Não obstante, para ser contribuinte do tributo ICMS- Comunicação não basta a prestação de serviço oneroso que torna possível a comunicação, fazendo-se necessário a efetiva caracterização do serviço de comunicação." (...) Por outro lado, o autor não demonstrou nestes autos que exerça, além das atividades meio e serviços suplementares e com satélites, prestação de serviço de telecomunicação propriamente dita, o que foi objeto de contestação do Estado as fls. 240 quando textualmente apontou "ÔNUS DA PROVA - NECESSIDADE DE COMPROVAR O CONSUMO DA ENERGIA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO", sendo que de sua atividade nominal o ICMS foi excluído a incidência conforme julgado acima. Não produziu o requerente qualquer prova pericial ou documental quanto a efetiva atividade de telecomunicação propriamente dito, sendo que o julgado utilizado para afastar o almejado direito, se deu após o ajuizamento desta ação. O fato de haver contrato social onde se listam diversas atividades não



APELAÇÃO CÍVEL N. 0101466-97.2021.8.19.0001

comprovam que exerceria as mesmas, sendo que obteve o autor provimento em ação referenciada em que restou desobrigado de recolher o ICMS na consecução de suas atividades lá listadas: "que é pessoa jurídica de direito privado cujo objeto social é a exploração de satélites para transporte de sinais de telecomunicações, mediante a ocupação de posições orbitais geostacionárias devidamente licenciadas nas diferentes bandas de frequência (provimento de capacidade satelital), a prestação de serviços de comunicação multimídia (SCM) via satélite, bem como a locação (em conjunto ou separadamente) de equipamentos que viabilizam o acesso à capacidade e à comunicação satelitais contratadas pelos clientes." (fls. 353 - acórdão) - grifos acrescidos. Por estes motivos, entendendo que como não é ou não provou ser sujeito passivo da tributação do ICMS - diverso do que tentou argumentar em sua replica - o autor não tem direito ao creditamento de ICMS com base no princípio da não-cumulatividade. DISPOSITIVO

Isto posto, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS NA FORMA DO ART. 487 I DO CPC, revogando a tutela a seu tempo antecipada. Condeno a Autora nas custas e despesas processuais, bem como honorários de advogado que fixo em 15% do valor atribuído a causa corrigido. Publique-se e intime-se. Com o trânsito em julgado, nada requerido em 180 dias, dê-se baixa e archive-se." (sic)

2. O Autor, em suas razões recursais, sustenta que o Juízo de origem havia inicialmente deferido parcialmente a tutela de urgência para autorizar o aproveitamento prospectivo dos créditos de ICMS/FECF relativos à energia elétrica consumida na prestação dos serviços de telecomunicação, mas, posteriormente, julgou improcedentes os pedidos sob o fundamento de ausência de comprovação documental suficiente quanto à efetiva utilização da energia elétrica nos serviços tributados pelo ICMS. Alega a nulidade da sentença por violação aos arts. 141, 489, 490, 492 e 1.022, II, do CPC, sustentando ocorrência de julgamento extra petita e citra



APELAÇÃO CÍVEL N. 0101466-97.2021.8.19.0001

petita, uma vez que a demanda possuía natureza eminentemente declaratória, não sendo necessária, nesta fase processual, a comprovação do quantum do crédito tributário, cuja apuração deveria ocorrer em sede administrativa ou em liquidação de sentença. Argumenta que a sentença apreciou matéria diversa da deduzida na inicial e deixou de analisar expressamente o pedido relativo ao aproveitamento do saldo credor acumulado de ICMS decorrente da aquisição de equipamentos e serviços de comunicação. Defende que restou amplamente comprovado nos autos o exercício da atividade de telecomunicações sujeita à incidência do ICMS, mediante apresentação de notas fiscais, escrituração fiscal digital, contas de energia elétrica, contrato social e documentos cadastrais, sendo incontroversa a essencialidade da energia elétrica para a prestação dos serviços de telecomunicações. Sustenta que o direito ao creditamento decorre diretamente do art. 33, II, “b”, da LC nº 87/96, do art. 1º do Decreto Federal nº 640/62 e do princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, ressaltando que o STJ, ao julgar o REsp nº 1.201.635/MG sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 541), reconheceu expressamente o direito das empresas prestadoras de serviços de telecomunicação ao creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida em sua atividade. Argumenta, ainda, que a energia elétrica constitui insumo essencial e indispensável à prestação dos serviços de telecomunicações, pois a atividade depende da transformação de energia elétrica em ondas eletromagnéticas para transmissão e recepção de sinais, sendo inviável a prestação do serviço sem o respectivo consumo energético. Alega também que o saldo credor acumulado de ICMS decorre da sistemática da não cumulatividade e da aquisição de equipamentos e serviços de comunicação utilizados na atividade-fim da empresa, sustentando possuir direito ao seu aproveitamento nos moldes previstos na legislação tributária fluminense. Ao final, requer o provimento do recurso para declarar a nulidade da sentença, com retorno dos autos ao Juízo de origem para novo julgamento, ou, subsidiariamente, com fundamento no art. 1.013, §3º, do CPC, requer o imediato julgamento do mérito pelo Tribunal, para reconhecer o direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS/FECF decorrentes da aquisição de energia



APELAÇÃO CÍVEL N. 0101466-97.2021.8.19.0001

elétrica consumida na prestação dos serviços de telecomunicações, bem como o direito ao aproveitamento do saldo credor acumulado de ICMS oriundo da aquisição de equipamentos e serviços de comunicação utilizados na atividade, nos termos da legislação estadual e da tese firmada pelo STJ no Tema 541 (index. 478).

3. Contrarrazões (index. 526).

É o relatório.

VOTO

4. A controvérsia recursal consiste em verificar se a autora, empresa atuante no setor de telecomunicações via satélite, faz jus ao aproveitamento de créditos escriturais de ICMS/FECF decorrentes da aquisição de energia elétrica, bem como ao aproveitamento de saldo credor acumulado de ICMS, à luz do princípio da não cumulatividade, considerando a discussão acerca da natureza jurídica das atividades por ela efetivamente exercidas e a incidência, ou não, do ICMS sobre tais atividades.

5. A sentença julgou improcedente o pedido, revogando a tutela anteriormente deferida, ao fundamento de que a autora não comprovou exercer atividade de telecomunicação propriamente dita sujeita à incidência do ICMS, mas apenas atividades-meio e serviços suplementares relacionados ao provimento de capacidade satelital e locação de equipamentos, conforme reconhecido no julgamento da ação anulatória anteriormente ajuizada pela própria autora.

6. **Conhece-se** do recurso, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade dos artigos 1007, §1º c/c 1012 do CPC. Passa-se ao julgamento.



7. **O apelo não procede.** Senão vejamos:
8. De saída, **rejeita-se** a alegação de nulidade da sentença.
9. Com efeito, o magistrado de origem apreciou adequadamente a controvérsia submetida à apreciação judicial, enfrentando os fundamentos relevantes ao deslinde da demanda, especialmente quanto à inexistência de comprovação de que a autora exerça atividade-fim de telecomunicação submetida à incidência do ICMS.
10. Não há nulidade da sentença por julgamento extra petita ou citra petita, pois o magistrado apreciou os pedidos formulados e analisou pressuposto jurídico indispensável ao reconhecimento do direito ao creditamento pretendido, consistente na demonstração da incidência do ICMS sobre as atividades efetivamente desempenhadas pela autora.
11. Com efeito, a sentença recorrida corretamente considerou os efeitos jurídicos e probatórios decorrentes do julgamento proferido nos autos da ação anulatória nº 0214271-61.2019.8.19.0001, na qual se discutiu precisamente a natureza das atividades desenvolvidas pela autora.
12. Naquela demanda, restou expressamente consignado que o provimento de capacidade satelital e a locação de equipamentos constituem atividades-meio e serviços suplementares, não se caracterizando como serviço de telecomunicação propriamente dito sujeito à incidência do ICMS-Comunicação.
13. Destacou-se, inclusive, no referido julgado, que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL não considera o provimento de capacidade satelital como serviço de telecomunicação, mas sim atividade acessória destinada a viabilizar a comunicação realizada por terceiros.



APELAÇÃO CÍVEL N. 0101466-97.2021.8.19.0001

14. O acórdão proferido naquela ação consignou expressamente que “o ICMS-Comunicação incide apenas sobre o serviço de telecomunicação propriamente dito, não incidindo sobre as atividades-meio e serviços suplementares”.

15. Ademais, a situação jurídica existente entre as duas demandas (esta e a 0214271-61.2019.8.19.0001) revela significativa incompatibilidade entre as premissas adotadas pela própria autora em cada uma das ações.

16. Na primeira demanda, a empresa obteve pronunciamento judicial favorável reconhecendo que as atividades por ela desenvolvidas, relacionadas ao provimento de capacidade satelital e à disponibilização de infraestrutura para transmissão de dados, não configuram serviço de telecomunicação propriamente dito para fins de incidência do ICMS-Comunicação.

17. O julgamento assentou expressamente que tais atividades possuem natureza de atividade-meio ou suplementar, aplicando-se a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo 427, segundo a qual o ICMS incide apenas sobre a efetiva prestação do serviço de comunicação ao usuário final, não alcançando atividades preparatórias, acessórias ou de suporte operacional.

18. Entretanto, nesta demanda, a autora busca justamente o reconhecimento do direito ao creditamento de ICMS incidente sobre energia elétrica, sob o argumento de que desenvolveria atividade de telecomunicação equiparada à indústria básica, nos moldes do entendimento firmado pelo STJ no Tema 541, que reconheceu às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações o direito ao aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes da energia elétrica consumida em sua atividade-fim.



APELAÇÃO CÍVEL N. 0101466-97.2021.8.19.0001

19. Ocorre que o fundamento jurídico adotado no Tema 541 pressupõe necessariamente que a empresa exerça atividade efetivamente submetida à incidência do ICMS-Comunicação. Isso porque o regime de não cumulatividade do imposto exige a existência de operação tributada e de vínculo direto entre o insumo adquirido e a atividade econômica sujeita ao tributo estadual.

20. Assim, ao obter reconhecimento judicial de que sua atividade principal não se enquadra como serviço de telecomunicação tributável, mas apenas como atividade-meio ou suplementar, a própria autora fragiliza a premissa essencial utilizada para sustentar o direito ao creditamento pretendido nesta ação. Em outras palavras, se a atividade desempenhada não sofre incidência de ICMS-Comunicação, deixa de existir o pressuposto jurídico indispensável para aplicação da sistemática de compensação e aproveitamento de créditos decorrente do princípio da não cumulatividade.

21. Desse modo, embora não haja identidade absoluta entre os pedidos formulados nas duas ações, verifica-se evidente incompatibilidade material entre as teses sustentadas, pois a procedência da primeira demanda acaba por afastar justamente o enquadramento jurídico necessário para legitimar o creditamento postulado na segunda.

22. A improcedência do pedido relativo ao creditamento de ICMS alcança logicamente o pleito de aproveitamento do saldo credor acumulado, por decorrerem ambos da mesma premissa jurídica relacionada à incidência do imposto e à aplicação do princípio da não cumulatividade.

23. O julgamento proferido nos autos da ação nº 0214271-61.2019.8.19.0001 reconheceu que as atividades desempenhadas pela autora relacionadas ao provimento de capacidade satelital e locação de equipamentos



APELAÇÃO CÍVEL N. 0101466-97.2021.8.19.0001

configuram atividades-meio e serviços suplementares, não caracterizando serviço de telecomunicação propriamente dito sujeito à incidência do ICMS-Comunicação.

24. A referida conclusão encontra respaldo na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, especialmente no julgamento do Tema Repetitivo nº 427, firmado no REsp nº 1.176.753/RJ, no qual a Corte Superior fixou entendimento de que não incide ICMS sobre serviços suplementares ou atividades-meio conexas aos serviços de comunicação.

25. Na ocasião, o STJ assentou que *“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 –, esta sim passível de incidência pelo ICMS”*.

26. Ainda segundo o referido precedente repetitivo, serviços como habilitação, troca de titularidade, mudança de endereço, troca de aparelho, bloqueios, religação e demais atividades suplementares, embora essenciais ou úteis à prestação do serviço principal, não constituem efetivamente serviço de comunicação tributável pelo ICMS.

27. A *ratio decidendi* do Tema 427 aplica-se integralmente ao caso concreto, pois as atividades exercidas pela autora, relacionadas ao provimento de capacidade satelital e locação de equipamentos, configuram mera infraestrutura ou atividade preparatória destinada a viabilizar a comunicação realizada por terceiros, não se confundindo com a própria prestação do serviço de telecomunicação.

28. O Supremo Tribunal Federal igualmente possui orientação consolidada no sentido de que o ICMS não incide sobre atividades meramente instrumentais ou preparatórias à comunicação, como se verifica no julgamento do ARE 1.138.434 AgR.



APELAÇÃO CÍVEL N. 0101466-97.2021.8.19.0001

29. A partir dessa premissa, inviável reconhecer o direito ao creditamento de ICMS pretendido pela autora.

30. Isso porque o creditamento decorrente do princípio da não cumulatividade pressupõe, necessariamente, que a atividade desempenhada esteja submetida à incidência do imposto estadual.

31. O precedente invocado pela apelante, firmado pelo STJ no Tema 541 (REsp nº 1.201.635/MG), reconhece o direito ao creditamento de ICMS sobre energia elétrica consumida por empresas de telecomunicações equiparadas à indústria básica.

32. Todavia, referido entendimento pressupõe que a empresa efetivamente preste serviço de telecomunicação sujeito à incidência do ICMS, situação não demonstrada nos presentes autos.

33. Embora o contrato social da autora contenha previsão genérica acerca da prestação de serviços de comunicação multimídia via satélite, a mera existência de objeto social abrangente não comprova o efetivo exercício de atividade tributável pelo ICMS, incumbindo à autora demonstrar o fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 373, I, do CPC.

34. Os documentos juntados aos autos não se revelam suficientes para demonstrar, de forma específica, que a energia elétrica objeto do creditamento pretendido era efetivamente consumida em atividade-fim de telecomunicação submetida à incidência do ICMS, distinta das atividades-meio anteriormente reconhecidas na ação anulatória.

35. Incumbia à autora comprovar o fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 373, I, do CPC, especialmente diante da impugnação específica



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quinta Câmara de Direito Público



APELAÇÃO CÍVEL N. 0101466-97.2021.8.19.0001

apresentada pelo Estado quanto à ausência de demonstração de consumo de energia elétrica diretamente vinculado à prestação de serviço de telecomunicação.

36. Entretanto, a autora não produziu prova técnica, documental ou pericial apta a demonstrar que exerce atividade-fim de telecomunicação distinta das atividades-meio já reconhecidas na ação anulatória anteriormente julgada.

37. Não assiste razão à apelante no tocante a alegação da sentença ter sido omissa ao não analisar o pedido de aproveitamento ao saldo credor de ICMS acumulado na aquisição de insumos (equipamentos e serviço de comunicação). Isso porque não foi objeto do pedido contido na petição inicial. Confira-se:





APELAÇÃO CÍVEL N. 0101466-97.2021.8.19.0001

c) ao final, **julgar totalmente procedentes os pedidos**, confirmando-se a tutela provisória antes concedida, a fim de que:

c.1) seja declarada a existência de relação jurídica tributária que autorize a Autora, e no respectivo estabelecimento de CNPJ nº 04.568.354/0004-30 (exclusivamente industrial), apurar, reconhecer e utilizar os créditos escriturais de ICMS / FECF decorrentes da aquisição de energia elétrica consumida na prestação dos serviços de telecomunicação, nos termos previstos na legislação estadual do RJ, na medida em que é inegável que a atividade da Autora de prestação de serviços de telecomunicação possui, por equiparação legal, natureza industrial para todos os efeitos legais, notadamente fiscais, conforme decidiu o Egrégio STJ em recurso representativo da controvérsia, ressalvado o direito de a Fazenda Pública Estadual fiscalizar a utilização e o aproveitamento dos referidos créditos; e

c.2) seja reconhecido o o direito da Autora ao aproveitamento do seu saldo credor de ICMS acumulado nos respectivos estabelecimentos de CNPJ nº 04.568.354/0001-98, 04.568.354/0002-79 e 04.568.354/0004-30 (e limitado aos últimos 5 anos contados do ajuizamento da presente ação judicial), nos termos da legislação tributária fluminense, diante da equiparação dos serviços de telecomunicações à indústria básica, para todos os fins legais.

38. Ausente demonstração de sujeição passiva à incidência de ICMS nas atividades efetivamente desempenhadas, inexistente fundamento jurídico para reconhecimento do direito ao aproveitamento de créditos escriturais ou de saldo credor acumulado.

39. Também não procede a alegação de que seria desnecessária a comprovação do *quantum* do crédito tributário em sede declaratória. A improcedência da demanda não decorreu da ausência de liquidez do crédito, mas sim da inexistência de comprovação do próprio direito material invocado.



40. Neste sentido segue entendimento desta Corte:

Direito Tributário. Ação anulatória de débito fiscal. Atividade de cessão ou o provimento de capacidade satelital. Sentença de procedência. Apelação. Desprovimento. Controvérsia acerca da incidência do imposto sobre circulação de mercadorias, ICMS sobre a atividade de cessão de capacidade satelital. Juízo a quo que acolheu a pretensão exordial do contribuinte ao fundamento de que, por se tratar de atividade acessória ao serviço de telecomunicação, não haveria falar em ocorrência do fato gerador na espécie. Tema nº 427/STJ. Recurso Especial nº 1.473.550/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 04/02/2022, em que se discutiu justamente o caso de capacidade satelital. Não restam dúvidas de que a disponibilização de satélites configura mera atividade acessória e de meio para a prestação do serviço fim de comunicação, não há falar em incidência de ICMS na espécie. Precedentes citados: 0330442-72.2017.8.19.0001 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA - Des(a). MARGARET DE OLIVARES VALLE DOS SANTOS - Julgamento: 25/05/2022 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL; 0083261-69.2011.8.19.0001 - APELAÇÃO - Des(a). ANDREA MACIEL PACHA - Julgamento: 11/07/2022 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. Desprovimento ao recurso. (0139412-45.2017.8.19.0001 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA. Des(a). NAGIB SLAIBI FILHO - Julgamento: 05/07/2023 - TERCEIRA CAMARA DE DIREITO PUBLICO (ANTIGA 6ª CÂMARA CÍVEL))

41. Correta, portanto, a sentença ao concluir pela improcedência dos pedidos e revogar a tutela anteriormente deferida.

42. Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer e **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, mantendo-se a sentença.

43. Em razão deste julgamento, majoram-se os honorários advocatícios em 2%, na forma do art. 85, §11, do CPC.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quinta Câmara de Direito Público

APELAÇÃO CÍVEL N. 0101466-97.2021.8.19.0001



Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

Desembargadora **ROSE MARIE PIMENTEL MARTINS**

Relatora

