

**Internet - Provedor de acesso - Serviço de valor adicionado - ICMS - Não incidência - Súmula 334 do STJ - Arts. 60 e 61 da Lei 9.472/97 - Serviço de telecomunicação - Exclusão - Mandado de segurança - Concessão da ordem**

Ementa: Mandado de segurança. ICMS. Serviços. Provedores de acesso internet. Não incidência. Súmula 334 do Superior Tribunal de Justiça. Arts. 60 e 61 da Lei nº 9.472/97. Serviço de valor adicionado. Serviço de telecomunicações. Exclusão expressa.

- Os provedores de acesso à internet disponibilizam aos seus clientes equipamentos e *softwares* necessários à utilização do sistema, agindo como facilitadores dos usuários, de sorte que usuário e provedores de acesso são, na verdade, tomadores do serviço de comunicação, e não prestadores do serviço. Dessarte, tem-se que o serviço prestado pelos provedores de acesso não se insere no conceito de serviço de comunicação, mas sim naquele que utiliza como apoio referido serviço de comunicação ou de telefonia. Ou seja, o serviço prestado pelos provedores de acesso não se subsume ao fato gerador do ICMS. Pela simples leitura dos arts. 60 e 61 da Lei nº 9.472/97, tem-se que a atividade desenvolvida pelos provedores de acesso deve ser classificada como serviço de valor adicionado, excluído, expressamente, do conceito de serviço de telecomunicações.

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.08.481721-2/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: A.B.P.S.C. - Autoridade coatora: Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais - Relator: DES. BRANDÃO TEIXEIRA**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda o 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Roney Oliveira, incorpo-

rando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 4 de maio de 2011. - *Brandão Teixeira* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Assistiu ao julgamento, pela autoridade coatora, a Dr.ª Shirley Daniel de Carvalho .

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - O presente feito versa sobre mandado de segurança impetrado pela A.B.P.S.C.M, em face de ato tido por ilegal e abusivo imputado ao Secretário de Estado de Fazenda de Minas Gerais, que extinguiu o processo sem resolução do mérito, determinando sua baixa.

A impetrante pleiteia liminar para ordenar a suspensão, até o julgamento final deste mandado de segurança, de toda e qualquer exigência a título de ICMS, em face dos serviços de acesso à internet.

Na peça inicial desta ação constitucional, argumentou-se: a impetrante possui como associados vários provedores de acesso à internet, sediados no Estado de Minas Gerais e diretamente interessados no presente feito; a impetrante é associação civil sem fins lucrativos, criada com o fito de proteger interesses das empresas de serviços de comunicação multimídia e serviços de valor adicionado; a atuação da impetrante será voltada para os interesses das empresas de serviço de valor adicionado, principalmente para as empresas de provimento de acesso à internet, que estão sendo coagidas ao recolhimento de ICMS sobre os serviços de acesso à internet; o Convênio Confaz 69/98 e o Decreto nº 43.080/2002 se chocam com a CR/88, o CTN, a LC 87/96, a Lei Geral de Telecomunicações, nº 9.472/97, e com toda a doutrina e jurisprudência; os serviços de acesso à internet, considerados serviços de valor adicionado, não constituem serviços de telecomunicações ou comunicação, sendo o provedor mero usuário da infraestrutura de telecomunicações, o que afasta a hipótese de incidência do ICMS; a Resolução nº 73/98 da Anatel, esclarece que os serviços de valor adicionado não constituem serviços de telecomunicações; a Súmula 334 do STJ prevê que o ICMS não incide no serviço de provedores de acesso à internet.

A liminar restou deferida, em parte, para possibilitar ao Estado de Minas Gerais constituir o crédito tributário de ICMS sobre os serviços de provedores de internet dos associados da impetrante, ficando, porém, suspensa a sua exigibilidade (f. 91-TJ). O fundamento da liminar recursal era não impedir a constituição do crédito tributário, mas a declaração de sua inexigibilidade, que,

provisoriamente, trará os mesmos efeitos práticos para os associados da impetrante, que permanecerão sem a obrigação de pagar o ICMS, assim como ocorreria caso se deferisse liminar ordenando a não incidência.

O Secretário de Estado de Fazenda de Minas Gerais, autoridade tida como coatora, prestou informações às f. 101/115 dos autos. Arguiu, em preliminar, sua ilegitimidade passiva e que o *writ* estaria sendo dirigido contra lei em tese. No mérito, sustentou a legitimidade da incidência do ICMS sobre os serviços de acesso à internet. Sustentou, em síntese, que o art. 61 da Lei Federal nº 9.472/1997, que dispõe sobre serviço de valor adicionado como sendo a atividade que acrescenta a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações afronta o art. 146, III, *a*, da CF/88, uma vez que somente lei complementar pode definir o fato gerador do ICMS. Que o conceito amplo, constante da Lei Complementar nº 87/96, não se coaduna com a forma restritiva da LGT. Que “comunicação” não é conceito de direito privado para que se cumprisse o disposto no art. 110 do CTN. Que a legislação estadual, assim como a LC 87/96 e a CF/88 não fazem qualquer ressalva a quais serviços de comunicação seriam tributados pelo ICMS, mas, ao contrário, se referem à incidência do ICMS sobre “serviços de comunicação de qualquer natureza, por qualquer meio” (f. 109). Por fim, colacionou julgados deste Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da ilustre Procuradora de Justiça Fé Fraga França, opinou pela rejeição das preliminares e pela concessão da segurança (f. 118/125).

O Estado de Minas Gerais, por sua vez, peticionou nos autos requerendo que a impetrante declinasse o nome das empresas associadas, com indicação do respectivo endereço, CNPJ e inscrição estadual (f. 127).

Determinada a intimação da impetrante, esta apresentou às f. 151/154 o rol dos associados sediados no Estado de Minas Gerais.

Às f. 158/173, acórdão proferido por este Grupo de Câmaras, no sentido de se submeter a espécie à arguição de inconstitucionalidade.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 184/192 pelo não conhecimento do incidente.

Em acórdão de f. 196/203, a Corte Superior deste Sodalício, acolhendo a preliminar suscitada pelo Ministério Público, julgou irrelevante o incidente.

Às fls., petição juntada pelo Estado de Minas Gerais pugnando pela reconsideração da decisão que julgou a questão relativa à preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

É o relatório. Decido.

As questões relativas às preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam* e de via inadequada já foram

devidamente examinadas e julgadas no v. acórdão de f. 158/173, não cabendo, pois, na espécie, reconsideração da decisão. Certo é que, insatisfeito com a decisão, competiria ao impetrado a interposição do recurso processual cabível ao caso.

Por sua vez, a matéria suscitada pela impetrante, concernente à arguição de inconstitucionalidade, apesar de ter sido submetida à Corte Superior desse Tribunal, fora julgada irrelevante.

Fundamentou-se, baseado no parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou expressamente a respeito da matéria em comento em diversos recursos extraordinários, decidindo pela inviabilidade destes, ao fundamento de existir apenas afronta reflexa à Constituição (*sic*, f. 198).

Portanto, ultrapassada a questão atinente à inconstitucionalidade da matéria em comento, impõe-se o julgamento do mérito do presente *mandamus*.

Mérito.

O cerne da questão trazida a julgamento cinge-se a se aferir a litude ou não da incidência do ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso à internet.

Para tanto, torna-se imprescindível saber se o serviço de acesso à internet é ou não serviço de comunicação, visto que a Constituição Federal de 1988 dispõe no seu art. 155, inciso II, que, sobre a prestação de serviços de comunicação, deve incidir o imposto sobre circulação de mercadorias.

Ressalto que o conceito constitucional de comunicação, nesse caso, é totalmente restrito, por envolver apenas o serviço de comunicação. Ou seja, o fato gerador do ICMS sobre serviços de comunicação restringe-se à prestação do serviço de comunicação, e não à simples comunicação em si. Se assim não fosse, seria fonte geradora do ICMS o simples fato de alguém se comunicar com outra pela palavra escrita ou falada.

Assim, cumpre-nos perquirir se o serviço prestado pelo provedor de internet se subsume ao conceito constitucional de comunicação.

Segundo o conceito dado pelo dicionário de língua portuguesa Larousse Cultural,

Internet é uma poderosa rede internacional de computadores que, por meio de diferentes tecnologias de comunicação e informática, permite a realização de atividades como correio eletrônico, grupos de discussões, computação de longa distância, transferência de arquivos, lazer, compras etc. E, para que o potencial usuário possa ter acesso a essa rede internacional, necessário que ele se utilize dos serviços prestados pelos denominados provedores de acesso, que nada mais são do que uma espécie de chave que destranca a porta da internet (WILSON SOBRINHO, José. *Direito tributário*: temas pontuais. Editora Forense).

De fato, têm-se revelado duas situações distintas relacionadas à rede internacional de computadores: de

um lado, o aparato material, ou meio físico, que lhe dá suporte, e, do outro, o serviço desenvolvido pelo provedor, que proporciona ao interessado ter acesso a esse meio físico.

Ou seja, o provedor apenas viabiliza o acesso dos interessados às informações disponibilizadas na rede, nada criando de novo.

Logo, de forma bastante simplista e para a compreensão da questão tributária, para ter acesso à internet, o usuário necessita dispor de um computador, de uma linha telefônica e de um *software* específico, de sorte que mesmo os locais que com acesso direto ao provedor, sem utilizar-se de uma linha telefônica particular, não dispensam o uso da telefonia.

Dessarte, evidencia-se a necessidade do serviço de telefonia para se ter acesso à internet e que, por ser serviço de telecomunicação, pago de acordo com a quantidade de pulsos utilizados, incide o ICMS sobre o valor discriminado na conta telefônica.

Com efeito, os provedores de acesso apenas disponibilizam aos seus clientes equipamentos e *softwares* necessários à utilização do sistema, agindo como facilitadores dos usuários. Usuários e provedores de acesso são, na verdade, tomadores do serviço de comunicação, e não prestadores do serviço.

Importante examinar os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

Pela simples leitura da norma supracitada, tem-se que a atividade desenvolvida pelos provedores de acesso

deve ser classificada como serviço de valor adicionado, excluído, expressamente, do conceito de serviço de telecomunicações.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil e tributário. Recurso especial. Mandado de segurança preventivo. Decadência. Não ocorrência. ICMS. Provedor de internet. Não incidência. Súmula n. 334/STJ. 1. Revestindo-se o mandado de segurança de natureza preventiva, há de ser afastada a regra do art. 18 da Lei n. 1.533/51, que prevê o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para a sua impetração. 2. O STJ pacificou o entendimento de que não incide ICMS sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet, uma vez que a atividade desenvolvida por eles consubstancia mero serviço de valor adicionado (art. 61 da Lei n. 9.472/97). Inteligência da Súmula n. 334/STJ. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (REsp 911299/RS, Relator Min. João Otávio Noronha, Segunda Turma, unânime, DJ de 10.05.2007, p. 39.)

Por fim, para sedimentar qualquer dúvida acerca do exposto, trago à colação a Súmula 334 do Superior Tribunal de Justiça: "O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à internet" (Súmula 334, Primeira Seção, julgado em 13.12.2006, DJ de 14.02.2007, p. 246).

Assim, alicerçado nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação jurídica da decisão, conclui-se pela concessão da segurança.

Conclusão.

Diante do exposto, concedo a segurança, para determinar ao impetrado que se abstenha de tributar pelo ICMS os serviços prestados pelos provedores de acesso à internet comprovadamente associados à impetrante.

Custas, *ex lege*.

DES. EDUARDO ANDRADE - Sr. Presidente. Este caso me chamou muita atenção, e verifico, aqui, na prestação das informações, com o cuidado de sempre, a Advocacia-Geral do Estado cita, inclusive, uma obra do Dr. Alberto Guimarães Andrade, meu irmão, que, naquela época, realmente, causou certa perplexidade, porque a matéria era realmente muito controvertida. Está, aqui, à f. 111.

Entretanto, Sr. Presidente, como já houve pronunciamento do STJ no Recurso Especial 911299, mencionado por V. Ex.<sup>a</sup>, com a devida vênia da argumentação do Estado de Minas Gerais, inclusive da eminente Procuradora que abrilhanta a sessão com a sua presença, Dr.<sup>a</sup> Shirley Daniel de Carvalho, e esta matéria já se pacificou no STJ, justamente no sentido que V. Ex.<sup>a</sup> demonstra no seu fundamentado voto, entendendo *Roma locuta est, causa finita*, acompanho V. Ex.<sup>a</sup> para, também, conceder a segurança.

DES. GERALDO AUGUSTO - Sr. Presidente. Estou inteiramente de acordo com o voto de Vossa Excelência. Concedo a segurança.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Sr. Presidente. Conforme V. Ex.<sup>a</sup> anota no seu erudito voto, a matéria já está sumulada no egrégio Superior Tribunal de Justiça, Súmula 334, então, não há mais o que se discutir. Também concedo a segurança.

DES.<sup>a</sup> VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Sr. Presidente. Também acompanho o voto de V. Exa., na sua integralidade, para conceder a segurança.

DES. ARMANDO FREIRE - Sr. Presidente. Acompanho Vossa Excelência.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - De acordo.

DES.<sup>a</sup> HILDA TEIXEIRA DA COSTA - De acordo.

DES. AFRÂNIO VILELA - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

*Súmula* - PEDIU VISTA O 8º VOGAL. O RELATOR E OS DEMAIS VOGAIS CONCEDIAM A SEGURANÇA.

### **Notas taquigráficas**

Assistiu ao julgamento, pela impetrante, o Dr. Gustavo de Melo Franco Torres.

DES. RONEY OLIVEIRA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 06.04.2011, a pedido do 8º Vogal, após votarem o Relator e os demais Vogais concedendo a segurança.

Com a palavra o Des. Afrânio Vilela.

DES. AFRÂNIO VILELA - Sr. Presidente. Pedi vista dos autos para melhor análise da questão recursal, após o que estou a acompanhar, na íntegra o voto proferido pelo eminente Relator, Des. Brandão Teixeira, para conceder a segurança, pois observo pela redação do art. 61 da Lei 9.472/97 que o provedor de acesso à internet que oferece serviço considerado como de valor adicionado tem direito à não incidência do ICMS, nos moldes da Súmula sob o nº 334 pelo STJ.

DES. RONEY OLIVEIRA - O meu voto não seria necessário para complementar o *quorum*, todavia, embora não tenha participado do início do julgamento, tenho conhecimento da matéria e o meu posicionamento é idêntico aos dos votos precedentes, por isso, assim

como fizeram o Relator e aqueles que o seguiram, também voto no sentido de se conceder a segurança.

*Súmula* - CONCEDERAM A SEGURANÇA.