

MANDADO DE SEGURANÇA - PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO - ISS - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - LISTA DE

SERVIÇOS - LEI COMPLEMENTAR 116/2003 - INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA - SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - ICMS - NÃO-INCIDÊNCIA - ART. 61, § 1º, DA LEI 9.472/97 - CONCESSÃO DA ORDEM

- O serviço de acesso à Internet prestado pelo provedor não se sujeita à incidência do ISSQN, por ausência de previsão legal, uma vez que não integra a lista de serviços tributáveis, constante da Lei Complementar 116/2003, não se admitindo interpretação extensiva. Também não há falar em incidência do ICMS, visto que a atividade exercida pelo provedor, como mero agente interveniente, não constitui serviço de telecomunicações, conforme o art. 61, § 1º, da Lei 9.472/97, classificando-se como serviço de valor adicionado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.04.117404-7/001 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 7 de abril de 2005. - José Francisco Bueno - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Francisco Bueno – Trata-se de apelação interposta contra a sentença que julgou improcedente a ação mandamental impetrada pela recorrente buscando garantir o seu direito de não se ver alcançada pela existência de ISSQN sobre a sua atividade de provedora de acesso à Internet.

Entendeu o il. Julgador que o serviço de provedor de acesso à Internet não se caracteriza como de comunicação ou telecomunicação, mas como serviço de informática, sofrendo, pois, incidência do ISSQN.

Sustenta a impetrante, em resumo, a ausência de competência impositiva municipal para a tributação do serviço específico de provedor de acesso à rede mundial de computadores, e a taxatividade da lista de serviços. Alega ser equivocado o entendimento da digna autoridade coatora, dado não ser prestadora de serviço de informática, não sendo este o escopo do serviço

oferecido, uma vez que o que está sendo disponibilizada é exatamente a possibilidade de o usuário acessar a rede mundial de computadores através da intervenção do provedor de acesso, caracterizando-se tal serviço como de valor adicionado, visto que se define exatamente pela adição de uma série de facilidades a uma infra-estrutura de telecomunicações preexistentes, ficando, portanto, fora do alcance da tributação pelo ISSQN, em face da ausência de sua expressa previsão na lista de serviços das Leis Complementares 116/03 e 336/03. Pugna pelo provimento do recurso, eximindo-a do recolhimento de ISSQN sobre a sua atividade enquanto inexistir expressa autorização legal na competente lista de serviços.

O recurso foi regularmente contra-arrazado defendendo o acerto da r. decisão.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pelo provimento do recurso.

Do necessário, esta a exposição.

Decide-se.

Conheço da apelação.

Inicialmente, faz-se necessário o esclarecimento acerca da distinção entre os serviços prestados pelas empresas provedoras de Internet e prestadores de serviços de comunicação, para saber se o Município teria ou não competência para exigir o ISSQN.

O pleito, a meu sentir, clamaria por ação declaratória; entretanto, optou a apelante pelo mandado de segurança, que se mostra também adequado.

Aduz a recorrente a impossibilidade de incidência do ISSQN sobre a atividade de provedor da Internet, por qualificar-se o serviço prestado como “serviço de valor adicionado”, aquele que se define exatamente pela adição de uma série de facilidades a uma infra-estrutura de telecomunicações preexistente, não previsto na lista de serviços da LC 116/03, que deve ser interpretada de forma taxativa.

Inicialmente é de se observar que o contrato social da empresa, f. 25, restringe o objetivo social da empresa à prestação de serviços em informática para pessoas físicas e jurídicas, serviço este gerador do ISSQN, previsto taxativamente nos nºs 22, 24, 40, 50 e 74 da lista de serviços do DL 406/68.

Todavia, junta contratos que comprovam a prestação de serviços de conexão à rede Internet, dizendo-se somente provedor de acesso à Internet.

A questão não é nova nos tribunais pátrios, mas ainda se mostra controvertida na doutrina e na jurisprudência, residindo a raiz da discussão no seguinte: o serviço de acesso à Internet é ou não serviço de comunicação?

Entretanto, antes de aprofundar no significado de “serviço de comunicação”, resalto que, após exaustivo estudo da matéria, me convenci de que o provedor de acesso não explora esse tipo de atividade, ou melhor, não presta ou oferece serviço de telecomunicação, pois não é concessionário de serviço público, não dependendo de autorização, concessão ou permissão do Governo para o exercício de seu mister, é, ao contrário, usuário do serviço de telecomunicação.

A Lei 9.472/97, denominada Lei Geral de Telecomunicações, define com clareza, em seus arts. 60 e 61, quais são os serviços de telecomunicações.

Serviço de telecomunicação, segundo definição contida no art. 60 da citada lei, “é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, e define telecomunicação, em seu § 1º, como sendo “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”.

Serviço de valor adicionado, segundo o *caput* do art. 61, “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”, acrescentando o seu § 1º que: “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 os deveres inerentes a essa condição”.

Vale lembrar que a competência para legislar sobre essa matéria é privativa da União, art. 22, IV, da CF, desde que lhe compete a exploração direta ou mediante autorização, concessão ou permissão dos serviços de telecomunicações (art. 21, XI, da CF), não cabendo aos Estados definir quais são os meios de telecomunicação.

Por outro lado, a lei de telecomunicações claramente exclui os serviços prestados pelos provedores como serviços de telecomunicação, como acima citado.

Entendo, em que pesem entendimentos em sentido contrário, que os provedores de acesso à Internet classificam-se como prestadores de serviço de valor adicionado, pois se utilizam da rede de telecomunicações que lhes dá suporte para acrescentar novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, na forma dos citados artigos da Lei 9.472/97.

Vale ressaltar que, atualmente, o acesso à Internet também é provido mediante cabos fornecidos pelas empresas de TV a cabo e, outrossim,

por radiofrequência, esta última sem a necessidade de se contratar provedor, que na verdade é mero tomador de serviços prestados pela concessionária de telecomunicações.

Limita-se a executar serviço de valor adicionado, ou seja, serviço de monitoramento do acesso do usuário à rede, colocando à sua disposição *softwares* com vistas à eficiente navegação.

A conexão telefônica estabelecida entre o usuário e o provedor de serviços de Internet é serviço público de telecomunicações, prestado não pelo provedor, mas sim pela empresa local concessionária.

Essa empresa irá, inclusive, faturar o usuário direta e independentemente da cobrança que lhe é feita pelo provedor, na conta telefônica mensal, de acordo com a quantidade de pulsos utilizados, tal como se tratasse de uma ligação telefônica comum, sobre cujo valor será recolhido o ICMS.

Como esclarece o em. Des. do TRF 3ª região e professor da faculdade de Direito da USP, Newton de Lucca:

O Provedor de Serviços Internet faz o “roteamento” da ligação telefônica por canais dedicados contratados da Embratel, que, por sua vez, conecta-se a uma empresa estrangeira, através de seus canais internacionais, possibilitando o acesso do provedor e de seus clientes à Internet (*Tributação na Internet*, São Paulo: RT, p. 138).

Mesmo sem força de lei, vale lembrar que a Portaria 148/95 do Ministério das Comunicações, que aprovou a Norma 04/95, ao regular o “Serviço de Conexão à Internet”, prestado pelos “provedores de Acesso à Internet”, de maneira eminentemente técnica, caracterizou-os como prestadores de serviços de valor adicionado.

A respeito desse tema, trancrevo trecho do trabalho publicado no *site* “Jus Navigandi”, pela advogada Karen Emília Antoniazzi Wolf, de Santa Maria/RS:

Assim, se as operações realizadas na Internet são compostas de duas relações jurídicas (usuário e concessionária de telecomunicação/usuário e provedor de acesso) interdependentes e ligadas por um nexo causal cuja finalidade é proporcionar o acesso do usuário à rede mundial de informações, e se na conta telefônica comum o usuário já arca com o ônus de pagar ICMS, se fosse cobrado esse imposto na relação jurídica usuário e provedor de acesso, estaríamos diante de uma bitributação, o que é totalmente vedado pelo Ordenamento Tributário Brasileiro.

Na verdade, temos uma multiplicidade de relações desencadeadas ao acessar o provedor, não se podendo negar a existência de uma relação jurídica contratual do usuário com a concessionária de telefonia, pela qual paga ele os serviços de telecomunicações e o ICMS, serviço que não pode ser confundido com o estabelecido entre o usuário e o provedor, que por sua vez também se utiliza do serviço de telecomunicações através de canais especiais.

O provedor de serviço da Internet é tão usuário dos serviços de comunicação quanto aqueles que a ele recorrem para obter a conexão à rede maior.

Enfim, os provedores não prestam nenhum serviço de comunicação, apenas se utilizam do serviço de telecomunicação já existente, não se enquadrando, portanto, no fato gerador da cobrança do ICMS. A atividade desenvolvida pelos provedores é considerada uma categoria autônoma de serviços, designados como “serviços de valor adicionado”.

Por outro lado, somente está sujeito à tributação do ISS o serviço relacionado na lista prevista por lei, em que não se inserem os provedores de acesso à Internet, pois a lei não comporta interpretação extensiva.

Como esclarece o il. Procurador de Justiça, f. 168:

Muito se tem debatido sobre a taxatividade ou não da lista de serviços. A nosso ver, a questão encontra-se superada com o advento da Lei Complementar 116/2003, que, apesar de ainda

utilizar-se da expressão “congêneres”, especificou os serviços em subitens. Assim sendo, o uso da analogia somente pode ser admitido quando a expressão “congêneres” também for utilizada no subitem, jamais para a criação de outros subitens.

Entretanto, no item “serviços de informática e congêneres” da mencionada lei complementar, não foi previsto em qualquer subitem o serviço de provedor de acesso à Internet ou congêneres.

Diante da visão da maioria dos doutrinadores, integrantes do XXV Simpósio Nacional de Direito Tributário, o provedor da Internet não pode sofrer a tributação do fisco estadual ou municipal.

Em resposta à questão, se os provedores de acesso à Internet podem ser considerados sujeitos passivos do ICMS, Ives Gandra da Silva Martins afirma:

São serviços adicionais, auxiliares, mas não são serviços de telecomunicação, como não o seriam todos aqueles prestados como suporte às telecomunicações, desde a limpeza desses

estabelecimentos, quando terceirizados, até aqueles enunciados no disposto acima.

Por outro lado não estão também sujeitos ao ISS, visto que a lista taxativa de serviços não prevê a atividade exercida pelos provedores de acesso como tributável e elencada. Não sendo, pois, serviços de telecomunicações, mas apenas adicionais, vicários, acólitos, auxiliares dos serviços de comunicação - a utilização de veículo do provedor, ou seja, da linha telefônica, é tributada, por ser serviço de telecomunicação - não estão sujeitos ao ICMS e, por não constarem da lista de serviços, não estão também sujeitos ao ISS (*Tributação na Internet*, São Paulo: RT, p. 49/50).

Com essas considerações, entendendo inexistir previsão legal que autorize a cobrança de ISSQN pelo fisco municipal, dou provimento à apelação.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Dorival Guimarães Pereira* e *Maria Elza*.

Súmula – DERAM PROVIMENTO.

-:-:-