



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **0031647-97.2013.8.26.0053**
 Classe - Assunto **Mandado de Segurança - Organização Político-administrativa / Administração Pública**
 Impetrante: **Hello Brazil Telecomunicações Ltda**
 Impetrado: **Delegado Regional Tributário da Capital da Fazenda do Estado de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Fausto José Martins Seabra**

HELLO BRAZIL TELECOMUNICAÇÕES LTDA impetra **MANDADO DE SEGURANÇA** contra o **DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Alega, em resumo, que é empresa atuante no setor de serviços de comunicação multimídia, telefonia fixa comutada, serviço móvel comutado e outros serviços de telecomunicações, conforme licença da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Mas a principal atividade exercida pela impetrante é o *Voice over Internet Protocol* (VoIP), classificado no Cadastro Nacional de Atividade Econômica (CNAE) sob o número 61.90-6-02 como “provedores de voz sob protocolo *internet*”, atividade considerada “serviço de valor adicionado” ao empregar a *internet* como suporte físico para viabilizar a comunicação, consoante comunicado da ANATEL e, assim, não se trata de serviço de telecomunicação tributável pelo ICMS. Mesmo assim, teme que a Fazenda Estadual tribute tal serviço, razão pela qual impetra o presente mandado de segurança em caráter preventivo a fim de que não sofra qualquer tributação ou sanção do Fisco.

Deferida a liminar pela Superior Instância ao julgar agravo de instrumento interposto pela impetrante, a autoridade coatora prestou informações a fls. 151/159. Em preliminar suscitou a ausência de direito líquido e certo, visto que a impetrante não demonstrou de plano a natureza da atividade exercida, tampouco poderia ser prolatada “sentença normativa”. No mérito, afirmou que o serviço de VoIP não é



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

serviço de valor adicionado, mas sim serviço de telecomunicações, conforme prevê o art. 2º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96, reproduzido no art. 1º, inciso III, da Lei Estadual nº 6.374/89. Portanto, trata-se de serviço em que incide o ICMS, não cabendo à Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) nem à ANATEL editar normas gerais em matéria tributária.

O Ministério Público se manifestou a fls. 161.

É o relatório.

Fundamento e decido.

De início, defere-se a intervenção da Fazenda do Estado (fls. 149), promovendo-se as anotações necessárias.

Rejeita-se a preliminar.

Ausência de direito líquido e certo não conduz à extinção do mandado de segurança sem julgamento do mérito, mas sim à sua denegação, também pela falta de prova documental do alegado. A impetrante busca típica tutela inibitória, compatível com o instituto por ela eleito, a fim de que seja reconhecida a inexistência de relação tributária com o Fisco, decorrente da atividade mencionada na petição inicial.

Aliás, inexistente controvérsia de que o principal serviço prestado pela impetrante é o VoIP e é justamente sobre ele que se almeja a declaração judicial da não incidência do ICMS.

Não se desconhece o teor do art. 155, II, da Constituição Federal que atribui competência aos Estados para instituir impostos sobre serviços de comunicação; porém, a Magna Carta **não define o que é serviço de comunicação**, tampouco a Lei Complementar nº 87/96 o faz, limitando-se a determinar no art. 2º (reproduzido pela Lei Estadual nº 6.374/89) que o ICMS incidirá sobre “prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.

Somente a Lei nº 9.472/97 é que conceitua os serviços de telecomunicação, ao dispor no art. 60, § 1º, que é um conjunto de atividades que possibilita a oferta de “transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

Decerto que a Lei de Telecomunicações não é de natureza tributária, mas isso não significa que seus conceitos possam ser ignorados pelo aplicador da norma, o qual deve sempre proceder a uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, sem permitir integrações analógicas ou extensivas em prejuízo do contribuinte. Lembra Roque Antonio Carraza que “se um certo fato não pode ser reconduzido, literal ou sistematicamente, a uma norma tributária, segue-se que ele não é *imponível* (fato gerador *in concreto*), não havendo espaço, neste caso, para a analogia” (*Curso de direito constitucional tributário*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 401).

Seguindo essa linha de pensamento, reforçada pelo comando do art. 110 do Código Tributário Nacional, chega-se insofismavelmente à conclusão de que não é possível alterar a natureza e a substância das coisas, compreendendo-se como serviço de telecomunicações o que a lei específica e posterior disse expressamente que não é.

Com efeito, não configura prestação de serviço de telecomunicações o *serviço de valor adicionado*, isto 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” (art. 61, *caput*, da Lei nº 9.472/97).

No caso dos provedores de *internet*, o Colendo Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento na Súmula 334, à luz da Lei de Telecomunicações, de que não estão sujeitos ao recolhimento do ICMS, justamente porque executam serviço de valor adicionado e não serviço de telecomunicações.

Igual raciocínio deverá ser adotado para o VoIP (*Voice over internet Protocol*).

Embora possa ser considerado sob os aspectos mencionados pelo impetrado (serviços de telecomunicações ou serviço de valor adicionado), conforme as informações e explicações disponibilizadas pela ANATEL em seu portal eletrônico sobre essa atividade, vê-se que há prova documental produzida pela parte contrária de que ela presta o VoIP na qualidade de provedora, para grupo determinado de usuários (seus



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro
 CEP: 01501-010 - São Paulo - SP
 Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

clientes), o que caracteriza serviço de valor adicionado, haja vista que a autorização concedida pela ANATEL (fls. 42) é exclusivamente para o serviço de comunicação multimídia (SCM), o qual não engloba as duas últimas modalidades do VoIP citadas pelo impetrado e que dependem de autorização específica da citada agência.

Ante o exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA** para declarar a ausência de relação jurídica tributária que imponha à impetrante o recolhimento do ICMS sobre as operações de VoIP (*Voice over Internet Protocol*) que realiza, obstando qualquer exação a esse título. Não há condenação em honorários advocatícios.

P.R.I.

São Paulo, 16 de janeiro de 2014.

Fausto José Martins Seabra

Juiz de Direito

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA