



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
8ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 7º andar
 Centro - CEP 01501-020, São Paulo-SP
 Fone: 3242-2333 R2025 - E-mail: sp8faz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **1013166-69.2013.8.26.0053 - Mandado de Segurança**
 Impetrante: **HELLO BRAZIL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**
 Impetrado: **DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE RENDAS MOBILIARIAS DA SECRETARIA DAS FINANÇAS DO MUNICIPIO DE SÃO PAULO**

CONCLUSÃO

Em 16 de janeiro de 2014, faço estes autos conclusos ao MM. Juiz^(a) de Direito Dr.^(a): Simone Viegas de Moraes Leme

Vistos.

HELLO BRAZIL TELECOMUNICAÇÕES LTDA., qualificada nos autos, impetrou o presente mandado de segurança com pedido de liminar, insurgindo-se contra ato perpetrado pelo Sr. **DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE RENDAS MOBILIARIAS DA SECRETARIA DAS FINANÇAS DO MUNICIPIO DE SÃO PAULO**. Segundo exposição resumida da peça inicial, a impetrante é pessoa jurídica privada atuante no setor de telecomunicações, sendo certo que sua principal atividade prestada é o VoIP (*Voice Over Internet Protocol*), classificado no Cadastro Nacional de Atividade Econômica (CNAE) sob o nº 61.90-6.02 - "Provedores de voz sobre protocolo internet – VOIP", com o objetivo de realizar comunicação de voz pela internet. Alegou que a Lei Complementar nº 116/2003 não lista nenhuma definição de serviço que se identifique com esse tipo de serviço prestado, e, mesmo assim, a impetrante deve recolher o ISS mensalmente. Assim sendo, requereu a concessão da liminar para autorizar à impetrante a não recolher o ISSQN nas operações de prestação de acesso a Internet com a tecnologia VoIP e, ao final, a concessão da segurança para confirmar a decisão liminar e determinar seja devolvido à impetrante todo o montante já pago a título de ISS, com atualização monetária e incidência de juros moratórios e compensatórios no prazo prescricional. Vieram aos autos procuração e documentos (fls. 14/61).

O pedido de liminar restou indeferido, conforme decisão de fl. 64. Contra tal decisão, o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
8ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 7º andar
Centro - CEP 01501-020, São Paulo-SP
Fone: 3242-2333 R2025 - E-mail: sp8faz@tjsp.jus.br

impetrante interpôs um recurso de agravo de instrumento (fls. 70/90).

Notificada, a autoridade coatora prestou informações com documentos (fls. 97/108), arguindo, preliminarmente, inadequação da via eleita e ilegitimidade passiva. No mérito, advogou pela denegação da ordem, sustentando que a incidência de imposto não depende da denominação dada ao serviço prestado pelo próprio contribuinte e que não há como exigir que houvesse uma coincidência perfeita desta denominação com o que consta na lista de serviço. Alegou que apesar da impetrante dizer que a atividade em questão trata-se de um “serviço de valor adicional” e que conseqüentemente não consta na lista de serviços, nada impede de estar previsto na lei e sujeito a incidência do ISSQN. Afirma que, apesar da lista de serviços ser taxativa, há a possibilidade de interpretá-la amplamente e analogicamente em relação a cada item que a compõe.

O Ministério Público preferiu não se manifestar no feito (fls. 112/115).

É o relatório. **DECIDO.**

Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva porquanto a autoridade impetrada encampou o ato impugnado.

A preliminar de inadequação da via eleita no que toca ao pedido de reconhecimento de ilegalidade perpetrada pela autoridade coatora também fica rejeitada, na medida em que a impetrante manejou demanda capaz de satisfazer sua pretensão, ou seja, estabelecer se está compelida, ou não, ao recolhimento do tributo.

No mérito, trata-se de mandado objetivando o reconhecimento de ilegalidade, na medida em que inexistente relação jurídico-tributária que obrigue a autora ao pagamento de ISSQN nas operações



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
8ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 7º andar
Centro - CEP 01501-020, São Paulo-SP
Fone: 3242-2333 R2025 - E-mail: sp8faz@tjsp.jus.br

de prestação de acesso a Internet com a tecnologia VoIP.

É hipótese de parcial concessão da segurança.

Pois bem.

Consoante se vê dos autos, defende a impetrante a tese de que a Lei Complementar n. 116/2003 não enuncia nenhuma definição de serviço que se identifique com a prestação oferecida pela impetrante. Aduz, também, a impetrante que a prestação de serviços mediante a tecnologia VoIP não consiste em proporcionar o suporte físico para que a comunicação ocorra (cabo, rádio terrestre, satélite, dentre outros), mas em preparar o cliente para que este se utilize da internet para que a comunicação seja estabelecida, tratando-se, pois, de serviço de valor adicionado.

A autoridade impetrada, por sua vez, entende que a incidência do imposto não depende da denominação dada ao serviço prestado pelo próprio contribuinte, pois embora a lista de serviços da LC 116/03 seja taxativa, não foi afastada a possibilidade de interpretação ampla em relação a cada item que a compõe. Assim, afirma que a disponibilização do serviço VoIP enquadra-se no item 31.01 (serviços técnicos em edificações, eletrônica, eletrotécnica, mecânica, telecomunicações e congêneres) (fl. 70).

A tese da autoridade impetrada não merece prosperar.

Senão vejamos.

Para dirimir quaisquer dúvidas a respeito da prestação de comunicação de voz por meio da internet, de rigor observar as informações da ANATEL, constantes no sítio da internet (<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalPaginaEspecial.do?codItemCanal=1216>):



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
8ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 7º andar
 Centro - CEP 01501-020, São Paulo-SP
 Fone: 3242-2333 R2025 - E-mail: sp8faz@tjsp.jus.br

"Voz sobre IP, também conhecida como VoIP (Voice over Internet Protocol), telefonia IP ou telefonia Internet, é um conjunto de tecnologias, largamente utilizadas em redes IP, Internet ou Intranet, com o objetivo de realizar comunicação de voz.

Os sistemas VoIP empregam protocolos de controle, geralmente chamados protocolos VoIP, para o provimento do transporte dos sinais de voz em uma rede IP.

Os principais benefícios da utilização do VoIP são a redução do custo operacional devido ao uso de uma única rede para transportar dados e voz, e a flexibilidade, pois facilita tarefas e provê serviços não suportados pelo sistema de telefonia convencional.

Para o uso do VoIP é necessária a existência de uma rede de telecomunicações, móvel ou fixa, que dê suporte a esse conjunto de tecnologias, conforme demonstra a figura abaixo. (...)

A Anatel, como Agência Reguladora do setor de telecomunicações, não regulamenta o uso de tecnologias, mas os serviços de telecomunicações que delas se valem.

Frente a esse cenário, a Agência entende que o uso do VoIP pode ser considerado sob dois aspectos principais:

a) Comunicação de voz efetuada entre dois computadores pessoais ou similares, utilizando programa específico e recursos de áudio do próprio equipamento e com acesso limitado a usuários que possuam tal programa. Este caso, conforme considerado internacionalmente, não constitui serviço de telecomunicações, mas Serviço de Valor Adicionado (SVA) que utiliza a Internet como meio para viabilizar a comunicação.

Caso a provedora de VoIP deseje encaminhar uma chamada destinada a usuários de serviços de telecomunicações (ex.: telefonia fixa ou móvel), uma vez que não possui direito à interconexão, ela deverá utilizar os serviços de empresas autorizadas pela Anatel para viabilizar o curso das chamadas entre redes.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
8ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 7º andar
 Centro - CEP 01501-020, São Paulo-SP
 Fone: 3242-2333 R2025 - E-mail: sp8faz@tjsp.jus.br

b) Comunicação de voz de forma irrestrita com acesso a usuários de outros serviços de telecomunicações e numeração específica, recurso este objeto de controle pelo órgão regulador brasileiro. Estas são características de um serviço de telecomunicações de interesse coletivo para o qual é imprescindível uma autorização prévia da Agência e cuja prestação deve estar em conformidade com a regulamentação da Anatel.

À luz da legislação e da regulamentação do setor de telecomunicações, o provimento do VoIP pode ocorrer de duas formas distintas: Serviço de Valor Adicionado (art. 61, LGT) ou Serviço de Telecomunicações (art. 60, LGT).

Caso a provedora de VoIP forneça a infraestrutura e a respectiva capacidade de transmissão e recepção de informações ao usuário, esta estará prestando um serviço de telecomunicações e precisará de uma autorização prévia da Anatel para desenvolver a sua atividade.

Por outro lado, um usuário de um serviço de telecomunicações (ex.: banda larga ADSL, Cable Modem e 3G) pode contratar uma provedora de VoIP e utilizar o serviço de telecomunicações como suporte para o uso da aplicação VoIP. Neste caso específico, como a provedora de VoIP não prestará o serviço de telecomunicações, não haverá a necessidade de uma autorização da Anatel para o desenvolvimento da atividade, que estará caracterizada como Serviço de Valor Adicionado.

Baseado no que foi exposto, a prestação do serviço de telecomunicações caracteriza-se pela existência de infraestrutura física de telecomunicações (cabo, rádio terrestre, satélite, dentre outros), fornecida e gerida pela prestadora do serviço, com capacidade de transmissão, emissão ou recepção de informações.

Por fim, resta informar que é assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de Serviços de Valor Adicionado sem a necessidade de autorização emitida pela Anatel. Ou seja, a provedora de VoIP, quando caracterizada como prestadora de SVA, poderá desenvolver atividade que acrescentará a um serviço de telecomunicações que lhe dará



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
8ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 7º andar
 Centro - CEP 01501-020, São Paulo-SP
 Fone: 3242-2333 R2025 - E-mail: sp8faz@tjsp.jus.br

suporte, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações". (negritei)

Por sua vez, a Lei Geral de Telecomunicações nº 9.472/1997, estabelece que:

"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 o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações". (negritei)

Consoante se observa das informações e dispositivos acima transcritos, o serviço de comunicação de voz pela internet – VoIP pode ser prestado de duas maneiras, a saber: a) mediante utilização do equipamento do cliente que tenha internet de banda larga e esteja interconectado com os "modems" da prestadora de serviços, tratando-se, nesse caso, de serviço de valor adicionado; ou b) quando a provedora de VoIP fornece a infraestrutura e a respectiva capacidade de transmissão e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
8ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 7º andar
 Centro - CEP 01501-020, São Paulo-SP
 Fone: 3242-2333 R2025 - E-mail: sp8faz@tjsp.jus.br

recepção de informações ao usuário, tratando-se, pois, de serviço de telecomunicações, sujeito a autorização prévia da Anatel.

No primeiro caso, ou seja, no serviço de valor adicionado - SVA, não haverá a incidência do ISSQN, sob afronta ao princípio da estrita legalidade, da tipicidade tributária e da impossibilidade da norma tributária alterar definições de conceitos previstos em lei, eis que o SVA não se confunde com o serviço de telecomunicações e, assim, não está previsto na Lei Complementar nº 116/2003.

É o caso da atividade prestada pela impetrante, constante das notas fiscais de fls. 50/54, onde consta da discriminação dos serviços a "prestação de acesso a internet – SVA" e que não foram objeto de questionamento quanto à sua veracidade pela autoridade impetrada.

Nesse sentido, a jurisprudência do C. STJ:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE – SÚMULA 284/STF – SERVIÇO PRESTADO PELOS PROVEDORES DE INTERNET – ISS – NÃO- INCIDÊNCIA – PRECEDENTES.

1. Considera-se deficiente a fundamentação de recurso especial em que não foi indicado com objetividade os dispositivos de lei federal supostamente violados. Incidência da Súmula 284/STF.

2. A atividade desempenhada pelos provedores de acesso à internet constitui serviço de valor adicionado (art. 61 da Lei 9472/97).

3. As Turmas de Direito Público desta Corte firmaram entendimento de que o ISS não incide sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet, em razão desta atividade não estar compreendida na lista anexa ao Dec. Lei 406/68. Precedentes.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido” (REsp 1183611/PR; RECURSO ESPECIAL: 2010/0041616-9; Relatora: Ministra ELIANA CALMON (1114); Órgão Julgador: T2 – SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 15/06/2010; Data da Publicação/Fonte: DJe 22/06/2010) (negritei)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
8ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 7º andar
 Centro - CEP 01501-020, São Paulo-SP
 Fone: 3242-2333 R2025 - E-mail: sp8faz@tjsp.jus.br

No mesmo sentido, a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL Mandado de segurança ISS - Incidência sobre serviço de provimento de acesso à Internet - Ausência de previsão legal - Atividade que está fora do alcance da tributação, conforme a Lista de Serviços constante no Decreto-Lei nº 406/68, alterada pelas Leis Complementares nº 56/87 e 100/99 Precedentes do STJ - Sentença mantida Recursos improvidos. (Apelação / Reexame Necessário nº 0003280-34.2011.8.26.0053, Rel. Des. EUTÁLIO PORTO, j. 28 de junho de 2012.)

ISS ICMS Provedor de acesso à internet Não incidência dos tributos Serviço de valor adicionado, consistente em fornecimento de infraestrutura para acesso à internet pelo usuário, não previsto no Decreto-lei 406/68 e alterações posteriores, nem mesmo na LC 116/03 - Jurisprudência firme do STJ Sentença reformada, para afastar a incidência de ISS sobre a atividade exercida pela autora, com inversão dos ônus da sucumbência em seu favor Inadmissibilidade de incidência de ICMS, consoante Súmula 334 do STJ Sentença mantida nessa parte – Apelo da autora provido, desprovido o da Fazenda Estadual. (Apelação nº 9188115-71.2008.8.26.0000, Rel. Des. FORTES MUNIZ, j. 31 de outubro de 2013)

Apelação. Mandado de segurança. Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Provedor de acesso à rede mundial de computadores. Alegação de não incidência do imposto. Procedência. Atividade não prevista na lista de serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, cujo rol é taxativo. Sentença mantida. Recurso denegado. (Apelação nº 9112893- 68.2006.8.26.0000, Rel. Des. Geraldo Xavier, j. 8 de março de 2012)

Por fim, inviável a devolução dos valores pagos a título de ISS, tendo em vista que o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança, nos termos da Súmula 269 do STF, o que deverá ser requerido em via própria.

No mais, a Súmula 271 do Colendo Supremo Tribunal Federal através das Súmulas 271



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
8ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 7º andar
 Centro - CEP 01501-020, São Paulo-SP
 Fone: 3242-2333 R2025 - E-mail: sp8faz@tjsp.jus.br

dispõe *in verbis*:

Súmula 271 - Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via própria.

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO, extinguindo o feito com apreciação do mérito, o que faço com arrimo no artigo 269, I, do Código de Processo Civil para, CONCEDENDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA, declarar a inexigibilidade de cobrança do ISSQN nas operações de prestação de acesso a internet com tecnologia VoIP (*Voice Over Internet Protocol*), classificado no Cadastro Nacional de Atividade Econômica (CNAE) sob o nº 61.90-6.02 - "Provedores de voz sobre protocolo internet – VOIP". Prejudicado, de outra banda, o pedido de restituição de valores, dada a inadequação da via.

Custas “ex lege”.

Sem condenação em honorários advocatícios em face da Súmula nº 512 do E. Supremo Tribunal Federal.

P.R.I.

São Paulo, 04 de fevereiro de 2014.

Simone Viegas de Moraes Leme

Juíza de Direito

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