

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.721.126 - RJ (2018/0021602-7)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **TELEMAR NORTE LESTE S/A**
ADVOGADOS : **MARIA CECÍLIA DE MARCO ROCHA - MG085581**
DONOVAN MAZZA LESSA - RJ121282
EDUARDO MANEIRA - RJ112792
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794
MARCOS CORREIA PIQUEIRA MAIA - RJ146276
RECORRIDO : **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROCURADOR : **GUSTAVO DO AMARAL MARTINS - RJ072167**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 2/STJ. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC/1973. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA NOS SERVIÇO DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES CONHECIDO COMO "AUXÍLIO À LISTA". MERO "SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO" AO DE COMUNICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC/73, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos.
2. O imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, de competência estadual, previsto normativamente nos artigos 2º, III, c/c, 12, VII, da Lei Complementar n.º 87/1996, não incide sobre a atividade comumente conhecida como "auxílio à lista" (informações verbais sobre números telefônicos), uma vez que esta operação se constitui como um serviço de valor adicionado, e não em serviço de telecomunicação propriamente dito, consoante a exegese do artigo 61, caput, e § 1º, da Lei n. 9.472/1997 e do artigo 3º, III, da Resolução n. 73/1998 da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), e, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na ADI 1491-MC.
3. Recurso Especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Superior Tribunal de Justiça

Dr(a). EDUARDO MANEIRA, pela parte RECORRENTE: TELEMAR NORTE LESTE S/A

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2019

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2018/0021602-7 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.721.126 / RJ**

Números Origem: 00275318820028190001 20020010266097 201113500489 275318820028190001

PAUTA: 12/02/2019

JULGADO: 12/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ODIM BRANDÃO FERREIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADOS : MARIA CECÍLIA DE MARCO ROCHA - MG085581
DONOVAN MAZZA LESSA - RJ121282
EDUARDO MANEIRA - RJ112792
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794
MARCOS CORREIA PIQUEIRA MAIA - RJ146276
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS - RJ072167

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.721.126 - RJ (2018/0021602-7)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **TELEMAR NORTE LESTE S/A**
ADVOGADOS : **MARIA CECÍLIA DE MARCO ROCHA - MG085581**
DONOVAN MAZZA LESSA - RJ121282
EDUARDO MANEIRA - RJ112792
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794
MARCOS CORREIA PIQUEIRA MAIA - RJ146276
RECORRIDO : **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROCURADOR : **GUSTAVO DO AMARAL MARTINS - RJ072167**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pela **Telemar Norte Leste S/A**, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja a ementa assim estabelece, *verbis*:

AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO A QUE SE NEGOU SEGUIMENTO, COM BASE NO ART. 557, "CAPUT" DO CPC. OBJETIVO DA PARTE AO INTERPOR O PRESENTE AGRAVO, EM VER REEXAMINADA A DECISÃO E RECONSIDERADA, PARA O SEU RECURSO SER JULGADO PELO COLEGIADO.

1. Ficou claro na decisão proferida pelo Relator que "A incidência do ICMS ocorrerá quando se completa o negócio jurídico oneroso, quando há a cobrança por ter à sua disposição o serviço de consulta, que é caracterizada como serviço de comunicação e não como serviço de valor adicionado, como quer a autora apelante, porque por ela é prestado, mediante remuneração e via telefone.

A jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça é vasta no sentido de que somente as atividades-meio ou serviços suplementares não sofrem a incidência do tributo, como no caso da habilitação e instalação, enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação, objetivando a viabilizar a prestação do serviço, tendo-se sempre em vista que são levadas a efeito em benefício da própria pessoa que realiza aquele serviço, possibilitando a atividade-fim, esta que aproveitam a terceiros".

2. E ainda registrou o "decisum" que "Por outro lado, fixou aquela Corte o entendimento de que 'o serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso'." 3. Recurso a que se nega provimento.

Os embargos de declaração opostos pela ora recorrente foram rejeitados.

Nas razões do recurso especial, fundamentadas no artigo 105, III, *a* e *c*, do permissivo constitucional a recorrente alega a violação aos artigos 2º, III, e 12, VII, da LC nº 87/1996, e art. 61, caput e § 1º, da Lei nº 9.472/97 e 535, II, do CPC/1973, ao sustentar em síntese: (i) a

Superior Tribunal de Justiça

omissão do acórdão recorrido que não perscrutou o tema referente à não incidência de ICMS sobre serviço de "auxílio à lista" em face da exegese dos arts. 2º, III, e 12, VII, da LC n.º 87/1996, e do art. 61, caput e § 1º, da Lei n.º 9.472/1997; (ii) que serviço de auxílio à lista (102) prestado pela contribuinte entre os meses de setembro de 2000 e agosto de 2001 não é fato gerador do ICMS, uma vez que tal operação não é classificada como um serviço de comunicação porquanto a este serviço é atribuído um valor adicionado; (iii) que há dissídio jurisprudencial a respeito da controvérsia sobredita.

Em contrarrazões ao recurso especial, o Estado do Rio de Janeiro refuta os argumentos dispostos no apelo especial ao afirmar que não subsiste a omissão alegada e que no mérito não há a demonstração de ofensa aos artigos alegados no recurso excepcional. Ademais, aponta que não houve a comprovação dos requisitos para se conhecer do dissídio jurisprudencial.

Em decisão interlocutória às fls. 778/781 (e-STJ), o Tribunal de origem admitiu o processamento do recurso especial.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.721.126 - RJ (2018/0021602-7)
EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 2/STJ. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC/1973. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA NOS SERVIÇO DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES CONHECIDO COMO "AUXÍLIO À LISTA". MERO "SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO" AO DE COMUNICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC/73, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos.
2. O imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, de competência estadual, previsto normativamente nos artigos 2º, III, c/c, 12, VII, da Lei Complementar n.º 87/1996, não incide sobre a atividade comumente conhecida como "auxílio à lista" (informações verbais sobre números telefônicos), uma vez que esta operação se constitui como um serviço de valor adicionado, e não em serviço de telecomunicação propriamente dito, consoante a exegese do artigo 61, caput, e § 1º, da Lei n. 9.472/1997 e do artigo 3º, III, da Resolução n. 73/1998 da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), e, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na ADI 1491-MC.
3. Recurso Especial parcialmente provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 2/STJ: *“Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.”*

Em preliminar de mérito, o recorrente alega omissão do acórdão recorrido em razão deste aresto não ter analisado o tema da incidência de ICMS sobre o serviço de informação de dados prestados via telefone (auxílio às listas telefônicas), consoante a hermenêutica dos artigos dos arts. 2º, III, e 12, VII, da LC n.º 87/1996, e do art. 61, caput e § 1º, da Lei n.º 9.472/1997.

Superior Tribunal de Justiça

Em que pese a irresignação apresentada, não há que se cogitar vício processual de omissão do acórdão recorrido, pois ao examinar o tema sobredito, o Tribunal de origem assentou as suas conclusões na exegese do artigo 61, § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), bem como nas fundamentações do Recurso Especial 1.176.753/RJ (tema 427 - submetido ao regime previsto no art. 543-C do CPC/1973).

A propósito, manifestou a décima sexta câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em juízo de retratação, às fls. 729/730 (e-STJ), *verbis*:

Segundo as alegações e provas produzidas nos autos, a questão central a ser definida na Presente demanda consiste em saber se o serviço denominado "Consulta 102" é um serviço de comunicação propriamente dito ou um "serviço de valor adicionado".

O serviço "Consulta 102" é caracterizado por permitir o acesso à comunicação de dados via telefone, mediante auxílio de telefonistas. Funciona como se fosse um serviço de auxílio à lista telefônica, só que prestado por telefone.

Caso seja considerado um "serviço de valor adicionado", não será o caso de incidir o ICMS, eis que o § 1º, do art. 61, da Lei Geral das Telecomunicações, Lei nº 9.472/97, menciona expressamente que o serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, a saber:

"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.

No caso em apreço, o entendimento acolhido pela sentença, mantido por esta Corte, é de que serviço denominado "Consulta 102" é um serviço de comunicação propriamente dito.

Já no Recurso Especial nº 1.176.753/RJ não se tratou do serviço denominado "Consulta 102" ou do Chamado serviço de valor adicionado. O que foi decidido é que não incide ICMS em serviços conexos (suplementares) de telefonia móvel, assim descrito no próprio REsp referido: "CONEXOS (SUPLEMENTARES) AO DE COMUNICAÇÃO (TELEFONIA MÓVEL TROCA DE TITULARIDADE DE APARELHO CELULAR; CONTA DETALHADA; TROCA DE APARELHO; TROCA DE NÚMERO; MUDANÇA DE ENDEREÇO DE COBRANÇA DE CONTA TELEFÔNICA; TROCA DE ÁREA DE REGISTRO; TROCA DE PLANO DE SERVIÇO; BLOQUEIO DDD E DDI; HABILITAÇÃO; RELIGAÇÃO, NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS.(..)"

A não incidência do ICMS sobre esses serviços conexos é matéria já consolidada no E. STJ, porém, é questão diversa da que se está em discussão nos autos em

Superior Tribunal de Justiça

apreço.

Assim, analisando o acórdão proferido por esta Câmara, verifica-se que o mesmo não está divergente do que foi decidido no Recurso Especial nº 1.176.753/ RJ. Pelo exposto, no exercício do juízo de retratação, o voto é no sentido de manter julgado.

A fim de evidenciar a robustez da prestação jurisdicional, corroborando com o exauriente acórdão sobredito, impende registrar que desde a sentença de primeiro grau, o entendimento da Corte foi amparado naqueles artigos sobre os quais a recorrente alega haver omissão. Neste sentido, colaciono trecho desta decisão (fls. 349/350, e-STJ), *verbis*:

Segundo a moldura do cânon previsto na C.F.188 (art. 155, II), compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre, operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

O art. 2º da Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996, prevê em seu inciso III:

Art. 2º O imposto incide sobre:

III - 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;" (original sem grifos).

Agora, vejamos o momento da incidência (art. 12, VII, da LC 87/96):

"Art 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: VII- das prestação onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;"

Portanto, conforme exposto, à luz do que fora decidido pelo acórdão recorrido, e pelas demais decisões emanadas pelo Tribunal Fluminense, cumpre asseverar que, ao contrário do que ora se sustenta, não houve violação ao artigo 535, II, do CPC/73, pois, a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, uma vez que os votos condutores do acórdão recorrido apreciaram, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

Ademais, resta aduzir que "*a solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC*" (STJ, Agint no Agint no AREsp 867.165/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2016). E, por

Superior Tribunal de Justiça

seguinte, vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional (REsp 801.101/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe de 23/04/2008).

Ilustrativamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1.- Há omissão, com ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, no julgado que deixa de examinar questão versada no recurso que lhe foi submetido, cuja apreciação era relevante para o deslinde da controvérsia.

2.- No caso, o Tribunal de origem foi omissivo ao não se pronunciar acerca da prescrição da pretensão indenizatória, que teve por argumentada a alegação de que não podem ser chamados, em 2007, a indenizar valores relativos aos débitos listados na inicial, que dizem respeito ao período de 1982 e 1994.

3.- A nulidade do julgamento, por omissão, tem por pressuposto a necessidade de pronunciamento do juiz ou do Órgão colegiado sobre determinada questão relevante ao deslinde da controvérsia. 4.- Agravo Regimental improvido" (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 372.836/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 14/04/2014). "PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Prestação jurisdicional deficiente. Anulação do acórdão proferido nos embargos de declaração para que outro seja prolatado pelo tribunal a quo" (STJ, EDcl no AgRg no REsp 867.641/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/04/2014).

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO CONFIGURADA. RETORNO DOS AUTOS PARA NOVO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, quando os temas suscitados nos embargos de declaração são indispensáveis ao deslinde da controvérsia e o Tribunal de origem não se pronuncia acerca de tais questões, mister a anulação do acórdão para que outro seja proferido, ante a contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem, apesar da oposição de embargos de declaração, não se manifestou sobre a alegada violação do art. 10, inciso I, da Lei n. 10.833/2003. Retorno dos autos para novo julgamento dos embargos de declaração. Agravo regimental provido" (STJ, AgRg no REsp 1.355.898/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/03/2014).

Amparado nestes fundamentos, rejeito a preliminar invocada do artigo 535, II, do CPC/1973.

No mérito, este apelo especial traz o controvertido tema acerca da incidência de ICMS sobre os serviços de informação de dados prestados via telefone, o chamado auxílio às listas telefônicas (102). A recorrente, pautada no fundamento das alíneas "a" e "c", do artigo 105 do

Superior Tribunal de Justiça

permissivo constitucional, invoca o desacerto do acórdão proferido na origem quando este consolidou a incidência da referida exação naqueles serviços citados, contrariando, segundo defende a contribuinte, a exegese dos artigos 2º, III, e 12, VII, da LC nº 87/1996, e art. 61, caput e § 1º, da Lei nº 9.472/1997.

O tema merece consideração desta Corte.

Antes de se adentrar na controvérsia propriamente dita, impende fazer uma digressão a respeito da incidência de ICMS nos serviços de telecomunicações.

Tanto a Constituição Federal, quanto a legislação infraconstitucional dispõem que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços incide sobre as operações 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, consoante a conjugação dos artigos 155, II, da Constituição Federal, c/c o artigo 2º, III, da Lei Complementar 87/1996.

A despeito destas normas, o tratamento tributário estadual sobre os serviços de comunicação, se elasteceu com a edição do Convênio 69/1998, que em sua cláusula primeira dispõe que o referido imposto incidirá "*nos valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada*".

A referida abertura normativa inaugurada pelo Convênio sobredito sofreu limitações jurisprudenciais, dentre as quais, merece o registro o Recurso Especial Repetitivo 1.176.753/RJ, tema 427, de minha lavra, proferido pela Primeira Seção desta Corte, cujo teor sedimentou o entendimento que não haveria a incidência de ICMS sobre a prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação), por não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS

A propósito esclarece a tese fixada nesta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS CONEXOS (SUPLEMENTARES) AO DE COMUNICAÇÃO (TELEFONIA MÓVEL): TROCA DE TITULARIDADE DE APARELHO CELULAR; CONTA DETALHADA; TROCA DE APARELHO; TROCA DE

Superior Tribunal de Justiça

NÚMERO; MUDANÇA DE ENDEREÇO DE COBRANÇA DE CONTA TELEFÔNICA; TROCA DE ÁREA DE REGISTRO; TROCA DE PLANO DE SERVIÇO; BLOQUEIO DDD E DDI; HABILITAÇÃO; RELIGAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS.

1. A incidência do ICMS, no que se refere à prestação dos serviços de comunicação, deve ser extraída da Constituição Federal e da LC 87/96, incidindo o tributo sobre os serviços de comunicação prestados de forma onerosa, através de qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza (art. 2º, III, da LC 87/96).

2. 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 de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS.

3. Não merece reparo a decisão que admitiu o ingresso de terceiro no feito, pois o art. 543-C, § 4º, do CPC autoriza que o Ministro Relator, considerando a relevância da matéria tratada em recurso especial representativo da controvérsia, admita a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na questão jurídica central.

4. Agravo regimental de fls. 871/874 não provido. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1176753/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2012, DJe 19/12/2012)

Outrossim, na mesma esquadra de raciocínio coaduna o entendimento nesta Corte fixada na Súmula 350/STJ, ao pontuar que o ICMS não incide sobre o serviço de habilitação de telefone celular.

Por seguinte, o conceito do venha a ser "serviço de comunicação" não passa despercebido pela análise da Suprema Corte, que a despeito de proceder a exegese do artigo 155, II, da Constituição Federal afetou sob repercussão geral o tema relativo à incidência de ICMS sobre a "tarifa de assinatura básica", conforme se infere, *in verbis*.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO - ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE A TARIFA DE "ASSINATURA BÁSICA MENSAL". REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a questão relativa à incidência ou não do ICMS-comunicação (Constituição, art. 155, II) sobre a tarifa denominada "assinatura básica mensal", paga pelo consumidor às concessionárias de telefonia, de forma permanente e contínua, durante toda a vigência do contrato de

Superior Tribunal de Justiça

prestação de serviços. 2. Repercussão geral reconhecida.
(ARE 782749 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 25/06/2015,
ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015)

Diante desta análise evolutiva da incidência de ICMS nos serviços de comunicação, este recurso especial traz para o âmbito desta Turma Julgadora, o debate acerca da incidência deste imposto nos serviços de informação de dados prestados via telefone, o chamado auxílio às listas telefônicas, desenvolvido pela contribuinte ora recorrente entre os meses de setembro de 2000 e agosto de 2001.

Neste sentido, defende a recorrente que sobre tais serviços não ocorre o fato gerador do ICMS, uma vez que tais operações não são classificadas como um serviço de telecomunicação propriamente dito, mas operações de valor agregado, nos termos do artigo 61, § 1º, da Lei 9.472/1997.

De modo diverso, o Tribunal de origem compreendeu que tais serviços são onerosos e que se enquadram no conceito de serviços de telecomunicações propriamente dito, devendo sofrer a incidência de ICMS, consoante os artigos 2º, III, c/c 12, VII, da LC 87/1996, nos seguintes termos *in verbis* (fls. 729/730, e-STJ):

Segundo as alegações e provas produzidas nos autos, a questão central a ser definida na Presente demanda consiste em saber se o serviço denominado "Consulta 102" é um serviço de comunicação propriamente dito ou um "serviço de valor adicionado".

O serviço "Consulta 102" é caracterizado por permitir o acesso à comunicação de dados via telefone, mediante auxílio de telefonistas. Funciona como se fosse um serviço de auxílio à lista telefônica, só que prestado por telefone.

Caso seja considerado um "serviço de valor adicionado", não será o caso de incidir o ICMS, eis que o § 1º, do art. 61, da Lei Geral das Telecomunicações, Lei nº 9.472/97, menciona expressamente que o serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, a saber:

"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.

No caso em apreço, o entendimento acolhido pela sentença, mantido por esta Corte, é de que serviço denominado "Consulta 102" é um serviço de comunicação propriamente dito.

Já no Recurso Especial nº 1.176.753/RJ não se tratou do serviço denominado "Consulta 102" ou do Chamado serviço de valor adicionado. O que foi decidido é que não incide ICMS em serviços conexos (suplementares) de telefonia móvel, assim descrito no próprio REsp referido: "CONEXOS (SUPLEMENTARES) AO DE COMUNICAÇÃO (TELEFONIA MÓVEL TROCA DE TITULARIDADE DE

Superior Tribunal de Justiça

APARELHO CELULAR; CONTA DETALHADA; TROCA DE APARELHO; TROCA DE NÚMERO; MUDANÇA DE ENDEREÇO DE COBRANÇA DE CONTA TELEFÔNICA; TROCA DE ÁREA DE REGISTRO; TROCA DE PLANO DE SERVIÇO; BLOQUEIO DDD E DDI; HABILITAÇÃO; RELIGAÇÃO, NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS.(..)"

A não incidência do ICMS sobre esses serviços conexos é matéria já consolidada no E. STJ, porém, é questão diversa da que se está em discussão nos autos em apreço.

Assim, analisando o acórdão proferido por esta Câmara, verifica-se que o mesmo não está divergente do que foi decidido no Recurso Especial nº 1.176.753/ RJ.

Pelo exposto, no exercício do juízo de retratação, o voto é no sentido de manter julgado.

Este é o panorama da controvérsia posta ora em debate nesta Corte. Busca-se neste recurso excepcional saber se os serviços de informação/Auxílio à lista (102) são operações de valor agregado ao serviço de comunicação ou se são enquadrados na hipótese de incidência do ICMS.

Antes de se definir em qual seara se enquadra o aludido serviço, merece registro o tratamento jurídico empregado às operações de "Auxílio à Lista". Segundo a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a edição de listas telefônicas aos assinantes (serviço de acesso às listas) é obrigação das concessionárias de serviços públicos, que contratam empresas para editá-las e distribuí-las para os seus assinantes, segundo o artigo 213 da Lei Geral de Telecomunicações, *in verbis*:

Art. 213. Será livre a qualquer interessado a divulgação, por qualquer meio, de listas de assinantes do serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral.

§ 1º Observado o disposto nos incisos VI e IX do art. 3º desta Lei, as prestadoras do serviço serão obrigadas a fornecer, em prazos e a preços razoáveis e de forma não discriminatória, a relação de seus assinantes a quem queira divulgá-la.

§ 2º É obrigatório e gratuito o fornecimento, pela prestadora, de listas telefônicas aos assinantes dos serviços, diretamente ou por meio de terceiros, nos termos em que dispuser a Agência.

Na regulamentação da citada lei, a Anatel, através da resolução 357/2004, dispõe que aquele serviço de auxílio à lista engloba duas variáveis, as modalidades gratuitas e as onerosas aos usuários, sendo esta última destinado aos assinantes, *in verbis*.

Art. 14. Na prestação do Serviço de Informação de Código de Acesso de Assinante para a modalidade Local, a prestadora do STFC nesta modalidade deve informar os códigos de acesso dos assinantes de todas as prestadoras do STFC da sua área de prestação do serviço, respeitado o direito do assinante de não divulgação do seu código de acesso.

Superior Tribunal de Justiça

Parágrafo único. As prestadoras envolvidas devem estabelecer as condições para a troca de informações e os procedimentos operacionais para a prestação do Serviço de Informação de Código de Acesso de Assinante do STFC.

Tomando-se por base essa distinção, o objeto tratado neste recurso especial se circunscreve ao serviço de acesso à lista custeado pelo usuário perante à operadora, pois o serviço gratuito por óbvio não encontra guarida na regra matriz do ICMS, que somente perquire os serviços onerosos de comunicação.

Como se infere, portanto, a prestação deste serviço de auxílio à lista coloca à disposição dos usuários, mediante tarifa, às informações de números telefônicos (códigos de acesso) publicados em cadastros mantidos pelas operadoras, sendo essencialmente um serviço de fornecimento de informações sobre códigos de acesso.

Neste sentido, considerando esta configuração material descrita, nota-se que o âmago do serviço oferecido pela concessionária compreende uma consulta cadastral por meio da rede de telecomunicações, no qual o usuário se vale dos dados disponibilizados pela operadora para o acesso a uma fonte de informação. Assim, o usuário ao usufruir do serviço de auxílio à lista, busca um serviço de consulta cadastral que se utiliza da rede disponibilizada pela operadora como um suporte, ou como um meio, para se obter o acesso a dados cadastrais mantida pela mesma.

Logo, ao contrário do que sustenta à procuradoria estadual, o serviço de auxílio à lista não compreende um serviço de comunicação propriamente dito, mas um serviço de valor adicionado, pois, o objetivo da operação não visa criar uma interação entre o emissor e o receptor da mensagem. Ou, se preferimos: a comunicação, para fins de ICMS, exige, além da efetiva difusão da mensagem, a interação remunerada entre emissor e receptor, perfeitamente identificados", ou seja, é viável a incidência do tributo quando praticados "atos de execução" destinados à "efetiva prestação do serviço", o que ocorre "quando pelo menos duas pessoas - diversas da que presta os serviços que possibilitam a comunicação à distância e previamente identificadas - efetivamente trocam mensagens" (Roque Antônio Carrazza. ICMS. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, págs. 196 a 202).

Portanto, não sendo um serviço de comunicação propriamente dito, tampouco sendo um serviço conexo ou suplementar de comunicação, resta-nos identificá-lo como um serviço de valor adicionado, conforme **descreve o art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações e no art. 3º da Resolução Anatel nº 73/98**, que dispõem, *in verbis*:

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."

Art. 3º Não constituem serviços de telecomunicações:

I - o provimento de capacidade de satélite;

II - a atividade de habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações;

III - os serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei 9.472 de 1997.

A propósito, destaque-se que o Glossário Brasileiro de Direito das Telecomunicações/Márcio Iório Aranha (Organizador) - Brasília: Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da Universidade de Brasília, 2006, página 288, corrobora com o conceito legal, afirmando que o serviço de valor adicionado (SVA) é "*atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicação que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.*"

Neste sentido, como se depreende do todo cabedal normativo, verifica-se que a **operação de acesso à lista é um serviço de valor adicionado ao serviço de comunicação, não se prosperando seu enquadramento na hipótese de incidência do ICMS-Comunicação**, que somente poderia sê-lo se considerássemos que a referida atividade encontra-se albergada nos termos do artigo 60 da Lei 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), fato que aqui não ocorre, como já acentuado pela própria Anatel e pela lei de regência (art. 61 da LGT), como pela Resolução Anatel nº 73/1998, que editou o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, assim tratou dos SVAs:

"Art. 3º. Não constituem serviços de telecomunicações: (...) III – os serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei 9.472 de 1997."

A propósito, a Suprema Corte caminha neste mesmo sentido, ao assentar que os serviços de valor adicionado se destoam do serviços de telecomunicações. No julgamento da ADI-MC n.º 1.491/DF, o eminente Ministro Relator Carlos Velloso assentou que o serviço de telecomunicações não se identifica com o serviço de valor adicionado. Argumentou na oportunidade que este serviço (de valor adicionado) "é um acréscimo de recursos a um serviço de comunicações que lhe dá suporte, criando novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação e recuperação de informações. Assim, o SVA (serviço de valor adicionado) corresponderia a uma "mera adição de valores a serviços de comunicação já existente".

Ilustrativamente:

MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 4º, 5º, 8º, § 2º, 10 E 13 DA LEI 9.295/1996. TELECOMUNICAÇÕES. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º, 5º, 21, XI, 37, XX E XXI, 66, § 2º, 170, IV E V, E 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO OCORRÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

I – A regra do art. 66, § 2º, da Constituição Federal não exige que o veto parcial abranja o caput do artigo e seu(s) parágrafo(s).

II - É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na lei de instituição da empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação matriz, tendo em vista que a lei criadora é também a medida autorizadora.

III – O Serviço de Valor Adicionado – SVA, previsto no art. 10 da Lei 9.295/1996, não se identifica, em termos ontológicos, com o serviço de telecomunicações. O SVA é, na verdade, mera adição de valor a serviço de telecomunicações já existente, uma vez que a disposição legislativa ora sob exame propicia a possibilidade de competitividade e, assim, a prestação de melhores serviços à coletividade.

IV – Medida cautelar indeferida. (ADI 1491 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2014, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 EMENT VOL-02754-02 PP-00128)

Assim diante destas características, a consulta ao "auxílio à lista" (102) constitui um serviço de valor adicionado, que não se confunde com o verdadeiro serviço de comunicação, pois como dispõe o art. 61, da Lei nº 9.472/1997, este serviço 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.

Portanto, a cobrança do ICMS fora das hipóteses de incidência previsto no artigo, 2º, III, da Lei Complementar 87/1996, por constituir o serviço de auxílio à lista um serviço de valor adicionado, consoante a definição do artigo 60 da Lei 9.472/1997.

No caso emoldurado, portanto, convicto estou de que o ICMS não incide sobre o serviço classificado como "auxílio à lista", razão pela qual impende o provimento parcial do apelo especial, nestes termos.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2018/0021602-7 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.721.126 / RJ**

Números Origem: 00275318820028190001 20020010266097 201113500489 275318820028190001

PAUTA: 26/02/2019

JULGADO: 26/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ODIM BRANDÃO FERREIRA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADOS : MARIA CECÍLIA DE MARCO ROCHA - MG085581
DONOVAN MAZZA LESSA - RJ121282
EDUARDO MANEIRA - RJ112792
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794
MARCOS CORREIA PIQUEIRA MAIA - RJ146276
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS - RJ072167

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **EDUARDO MANEIRA**, pela parte RECORRENTE: **TELEMAR NORTE LESTE S/A**

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia **SEGUNDA TURMA**, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.