



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1500244-15.2014.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Execução Fiscal - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias**
 Exequiente: **"Fazenda Pública do Estado de São Paulo**
 Executado: **S C W Telecom Ltda-me**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Gabriela Müller Carioba Attanasio**

VISTOS.

Trata-se de exceção de pré-executividade apresentada por **SCW TELECOM EIRELI -EPP** nos autos da Execução Fiscal que lhe move a **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, visando desconstituir obrigação tributária alusiva à incidência de ICMS sobre serviços de provedores de acesso à internet. Alega, em síntese, que de acordo com seu contrato social, é qualificada como empresa prestadora de serviço de "provedor de acesso às redes de telecomunicações e comércio de antenas, cabos e placas de computadores" e que foi autuada porque "deixou de emitir, no período de janeiro de 2010 à dezembro de 2010, conforme detalhado no Quadro Demonstrativo 01, Notas Fiscais de Serviço de Comunicação (mod. 21), no valor de R\$227.449,48, relativas à prestação onerosa de serviços de comunicação de multimídia (SCM) e de acesso à internet na modalidade banda larga". Afirmar ter sido autuada indevidamente, uma vez que sua atividade não configura prestação de serviço de comunicação, não estando, portanto, obrigada a emitir nota fiscal de prestação de serviços de comunicação. Cita doutrina e jurisprudência no sentido de ser impossível a cobrança do ICMS sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet. Cita, ainda, a Súmula nº 334 do STJ que determina que "O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet". Relata que a sentença proferida nos autos do processo nº0005241-57.201.8.26.0566 lhe foi favorável, reconhecendo a inexigibilidade do tributo, notadamente em razão do disposto no verbete da Súmula nº 334 do STJ. Diz que, nos termos do artigo 204, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, a presunção de certeza e liquidez que reveste a inscrição em dívida



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

ativa é *juris tantum* e pode ser ilidida por prova inequívoca. Requer seja decretada a nulidade da Inscrição da Dívida Ativa e a Certidão da Dívida Ativa, a extinção da execução fiscal, bem como a condenação da FESP em honorários de sucumbência.

A excepta manifestou-se às fls. 101/110, alegando preliminarmente, que a exceção de pré-executividade não é instrumento adequado para se discutir matéria própria de embargos e que a excepta parcelou o débito tributário, o que também afastaria a tese da exceção. Aduz que o parcelamento foi rompido, contudo, a confissão irretratável e irrevogável restou configurada. Por fim, afirma que o AIIM nº 4024217-1 foi lavrado por ofensa ao disposto no artigo 175, do Regulamento do ICMS, que obriga a emissão de nota fiscal de serviço de comunicação, portanto, tratando-se de obrigação acessória descumprida. Requer a rejeição da exceção.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Passa-se ao julgamento imediato deste incidente, em razão de sua própria natureza, voltada à análise de questões jurídicas que dispensam a dilação probatória.

A exceção de pré-executividade apresentada é cabível uma vez suscitadas matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício, e que dispensam dilação probatória (Súm. 393, STJ).

Se houver necessidade de dilação probatória, mínima que seja - por exemplo, dar-se nova vista ao excipiente para juntar tal ou qual documento -, apresenta-se incabível a exceção uma vez que o processo executivo não é predisposto à atividade cognitiva, sob pena, inclusive, de tumulto processual em detrimento da efetividade da tutela jurisdicional satisfativa.

No caso em análise, verifica-se que as questões suscitadas admitem apreciação pela via da exceção de pré-executividade, pois a prova documental constante dos autos é mais que suficiente para a análise das matérias alegadas.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Por outro lado, o STJ possui jurisprudência pacificada acerca da possibilidade do contribuinte discutir débitos parcelados.

No mérito, o pedido merece acolhimento.

Comprovou a Excipiente ser empresa prestadora de serviço de provedor de acesso à internet (fls. 29).

Não incide ICMS sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet, uma vez que a atividade desenvolvida por eles constitui mero serviço de valor adicionado (art. 61¹ da Lei n. 9.472/97).

As discussões sobre a não sujeição desses serviços ao regime do ICMS foram pacificadas pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça que, na Súmula n. 334, assegurou: "O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet".

Ademais, a Fazenda do Estado não trouxe aos autos nenhum elemento de convicção no sentido de que o serviço tributado seja outro que não o de provedor de acesso à Internet.

Confira-se, a propósito, a jurisprudência pacificada naquela E. Corte Superior:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. ACESSO À INTERNET. PROVIMENTO DECLARATÓRIO ALCANÇADO. PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO INDEFERIDO. ACÓRDÃO FUNDADO NA PROVA DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CÓDIGO DE OPERAÇÃO FISCAL CONTIDO NA GIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.1. O acórdão recorrido indeferiu o pedido de repetição sob o fundamento de que a

¹ 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.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO****COMARCA DE SÃO CARLOS****FORO DE SÃO CARLOS****VARA DA FAZENDA PÚBLICA****RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760****Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

empresa autora não fez prova da extensão do indébito reclamado, pois seu objeto social contém outras atividades comerciais e "nem as notas fiscais juntadas, tampouco as guias de arrecadação do imposto, comprovam que tais recolhimentos decorrem exclusivamente de ICMS incidente sobre serviços de provedor de acesso à internet". 2. A revisão desse entendimento, por suposta violação do art. 131 do CPC, ao argumento de que a recorrente teria feito prova de que não exerce outra atividade, pressupõe o reexame de matéria fática, o que é inviável no âmbito do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. A par disso, a alegação da recorrente de que o Código Fiscal de Operação - CFOP constante nas Guias de Informação e Apuração do ICMS (GIA) comprovaria o exercício exclusivo de atividade ligada à comunicação, a despeito da oposição de embargos de declaração, não foi apreciada pelo Tribunal de origem, carecendo o recurso especial, nesse particular, do requisito do pré questionamento (Súmula 211/STJ). 4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 248.469/RS, Rel. o Ministro BENEDITO GONÇALVES PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 04/06/2013).

“TRIBUTÁRIO. ICMS. PROVEDOR DE INTERNET. NÃO-INCIDÊNCIA. 1. O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à internet (Súmula 334/STJ). 2. Agravo Regimental não provido.” (AgRg no Ag 1174206/RJ, Rel. o Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 11/12/2009).

Neste sentido também é o posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça:

Execução fiscal Cobrança de débito de ICMS Provedor de acesso à internet Inexistência de serviço de comunicação Inocorrência de fato gerador do tributo Enunciado nº 334 da Súmula do C. STJ Execução julgada extinta Recurso impróvido. (Relator(a): Luis Fernando Camargo de Barros Vidal; Comarca: Presidente Venceslau; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 04/08/2014; Data de registro: 07/08/2014).

EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. Prestação de serviço de provedores de acesso à internet. Reconhecimento da não incidência de ICMS sobre serviços de acesso à



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

internet. Decisão desconstitutiva do crédito proferida em mandado de segurança. Correta a extinção da execução fiscal e dos embargos à execução. Sucumbência. Adoção do princípio da causalidade que impõe o ônus da sucumbência e honorários advocatícios à parte que der causa a instauração da lide. Verba fixada em patamar excessivo. Redução determinada. Recurso de apelação e reexame necessário providos. (Relator(a): Ronaldo Andrade; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 26/11/2013; Data de registro: 06/12/2013)

Nesse contexto, imperioso reconhecer que os fatos geradores que dão sustentáculo à CDA em execução não subsistem como hipótese de incidência tributária.

Ante o exposto, **ACOLHO** o pedido objeto desta exceção de pré-executividade, para o fim de **EXTINGUIR** a presente Execução Fiscal que a **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** move contra **SCW TELECOM EIRELI -EPP**, com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil.;

Sucumbente, arcará a Fazenda do Estado de São Paulo com o pagamento de honorários advocatícios, que fixo, por equidade, por analogia ao artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil, em R\$ 880,00.

P. I.

São Carlos, 03 de abril de 2017.

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