

Política tributária do setor de telecomunicações – linhas gerais

Gabriel Boavista Laender

Antecedentes: a tragédia do Fundo Nacional de Telecomunicações

O Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT, quando foi instituído em 1962, estruturou o setor de telecomunicações sobre quatro eixos: a) criação do Conselho Nacional de Telecomunicações - Contel; b) constituição do Sistema Nacional de Telecomunicações - SNT; c) autorização para a criação da Empresa Brasileira de Telecomunicações - Embratel, empresa estatal responsável pelos serviços de telecomunicações interurbanos e internacionais; d) criação do Fundo Nacional de Telecomunicações - FNT, financiado por uma sobretaxa de 30% nas contas telefônicas, e disponibilizado diretamente à Embratel (art. 42, §5º, b, e art. 51 do CBT). O FNT, portanto, foi criado para financiar a expansão do setor de telecomunicações.

Todavia, os recursos do FNT foram pouco a pouco desviados para outras finalidades. O desvio de recursos do fundo acabou por provocar a sua substituição em 1984 pelo Imposto sobre Serviços de Comunicações - ISSC, precursor do atual Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS. A criação do ISSC não apenas desvinculou a totalidade dos recursos de sua aplicação em telecomunicações, como introduziu ônus adicional ao serviço – que passou a ser uma fonte de receita segura para o Estado, uma vez que a arrecadação e fiscalização do imposto é facilitada dado o pequeno número de contribuintes de direito: as operadoras de telefonia. Embora o desvio de recursos do FNT tenha sido posteriormente invalidado pelo Supremo Tribunal Federal¹, a criação do ISSC e sua posterior conversão no ICMS sobre o setor de telecomunicações tornaram o uso dos recursos válidos do ponto de vista legal e constitucional.

A tragédia do FNT pode, assim, ser resumida: o fundo setorial que era voltado a financiar o setor, dado o progressivo desvio de recursos de sua finalidade original, acabou por se converter no embrião do imposto que mais sacrifica as telecomunicações brasileiras.

¹ Vide o Recurso Extraordinário nº 117.315/RS, relator o Min. Moreira Alves, julgado em 19/04/1990.

Principais tributos que incidem sobre o setor de telecomunicações

O art. 155, § 3º, da Constituição, afirma que à exceção do ICMS e dos impostos de importação e de exportação, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a serviços de telecomunicações. Porém cuidado: a imunidade constitucional abrange apenas os impostos! Outras espécies tributárias, como as contribuições sociais e as taxas, podem incidir sobre as telecomunicações. Destacam-se, abaixo, os principais tributos que incidem diretamente sobre a prestação de serviços de telecomunicações.

Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS

Sofre a incidência do ICMS a prestação de *serviços de comunicação*, nos termos do art. 155, II, da Constituição Federal. De modo geral, a doutrina considera os serviços de telecomunicação como espécie de serviços de comunicação. Afora isso, o dado histórico da precedência do FNT justifica a incidência do imposto.

As grandes controvérsias em torno da incidência do ICMS giram em torno da definição de serviço de telecomunicações em contraposição a outros serviços, especialmente os denominados *serviços de valor adicionado* – SVA, tratados no art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT. Se não se cuidar de serviço de telecomunicações, o imposto que incide sobre a operação é o ISS, de competência municipal.

A Emenda Constitucional nº 42/03 incluiu uma nova alínea no art. 155, § 2º, X, de modo a caracterizar a imunidade dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita.

Cabe por fim lembrar que o ICMS é um imposto de competência municipal. Portanto, cada Estado possui sua alíquota, respeitados os limites mínimo e máximo fixados em resolução do Senado Federal. A isenção do ICMS por um Estado depende da aprovação unânime dos demais. A aplicação dos recursos do ICMS, dada a natureza de sua espécie tributária (imposto), não é vinculada a uma finalidade específica.

Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL

O FISTEL é composto das taxas oriundas do exercício do poder de polícia Anatel. A taxa é espécie tributária em que há vinculação dos recursos recolhidos. No caso do FISTEL, a vinculação se dá à cobertura dos custos da própria Anatel, por ser esta quem exerce o poder de polícia que dá origem ao pagamento da taxa. As taxas de fiscalização que compõem o FISTEL foram instituídas pela Lei nº 5.070/66 e modificadas substancialmente pela LGT.

Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações - FUNTTEL

O FUNTTEL é composto, entre outras fontes, pela receita da cobrança da contribuição de intervenção no domínio econômico (art. 149 da Constituição) vulgarmente referida pelo mesmo nome do fundo a que se destina, instituída pela Lei nº 10.052/00. A alíquota do FUNTTEL é de 0,5% e sua base de cálculo é receita bruta das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, nos regimes público e privado, excluindo-se, para determinação da base de cálculo, as vendas canceladas, os descontos concedidos, o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), a contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). A receita do FUNTTEL é vinculada aos fins do fundo a que está vinculada, nomeadamente: estimular o processo de inovação tecnológica, incentivar a capacitação de recursos humanos, fomentar a geração de empregos e promover o acesso de pequenas e médias empresas a recursos de capital, de modo a ampliar a competitividade da indústria brasileira de telecomunicações.

Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicação - FUST

O FUST é composto pela receita da cobrança da contribuição de intervenção no domínio econômico (art. 149 da Constituição) vulgarmente referida pelo mesmo nome do fundo a que se destina, instituída pela Lei nº 9.998/00, além de parte da arrecadação das taxas de fiscalização que compõem o FISTEL e dos preços públicos cobrados pela Anatel para outorga de autorizações e concessões. A alíquota do FUST é de 1%, e sua base de cálculo é a receita operacional bruta decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regime público e

privado, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS, o Programa de Integração Social - PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS. A receita do FUST está vinculada à cobertura dos custos da universalização que não puderem ser recuperados com a exploração eficiente do serviço.

Jurisprudência sobre a tributação no setor de telecomunicações – casos selecionados²

Supremo Tribunal Federal - Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2203 (STF - ADI 2203 AgR/ PE - Pernambuco) - Relator: Min. Maurício Corrêa - Tribunal Pleno do STF - Unânime - j. 14/06/2000 - Diário da Justiça, Seção 1, 25/08/2000, pág. 60.

Discussão sobre a constitucionalidade de lei do Estado de Pernambuco, que dispunha sobre a incidência do ICMS, relativa às operações com ativos fixos e de transferência de mercadorias e bens entre estabelecimentos do mesmo titular. Decisão do Supremo Tribunal Federal pela ilegitimidade ativa da ABET para propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

Supremo Tribunal Federal - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 238209 (STF - AI 238209 AgR / PR - Paraná) - Relator: Min. Nelson Jobim - Segunda Turma do STF - Unânime - j. 28/09/1999 - Diário da Justiça, Seção 1, 05/11/1999, pág. 9.

Lista telefônica é beneficiária da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "d", da Constituição Federal de 1988. A empresa que a confecciona deve, entretanto, comprovar, para fins de fruição da imunidade sobre as movimentações financeiras pertinentes, que ditas movimentações estão relacionadas com a aquisição de papel ou similar para a devida confecção da lista telefônica.

Supremo Tribunal Federal - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2615 (STF - ADI 2615 MC / SC - Santa Catarina) - Relator: Min. Nelson Jobim - Tribunal Pleno do STF - Unânime - j. 22/05/2002 - Diário da Justiça, Seção 1, 06/12/2002, pág. 51.

Inconstitucionalidade da disciplina normativa estadual sobre tarifas dos serviços de telecomunicações. O tema da assinatura básica do serviço de telefonia é de competência privativa da União.

Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 511390 (STJ - RESP 511390 / MG - Minas Gerais) - Relator: Min. Luiz Fux - Primeira Turma do STJ - Maioria - j. 19/05/2005 - Diário da Justiça, Seção 1, 19/12/2005, pág. 213.

Serviço prestado por provedor de acesso à Internet (serviço de conexão à Internet) não se configura como espécie de serviço telecomunicacional. A atividade exercida pelo provedor de acesso à Internet configura serviço de valor adicionado, pois aproveita um meio físico de comunicação preexistente, a ele acrescentando elementos que agilizam o fenômeno comunicacional. Assim, para fins tributários de incidência do ICMS, o serviço de acesso à Internet é serviço de valor adicionado como determina o art. 61 da Lei 9.472/97 (LGT), não se enquadrando, portanto, no conceito de serviço comunicacional. O serviço de provedor de acesso à internet não enseja a tributação pelo ICMS, subsumindo-se à hipótese de incidência do ISS.

Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 628046 (STJ - RESP 628046 /MG- Minas Gerais) - Relator: Min. Castro Meira - Segunda Turma do STJ - Unânime - j. 09/05/2006 - Diário da Justiça, Seção 1, 19/05/2006.

Não-incidência de ICMS sobre prestação de serviço de acesso à internet, tendo-se em vista tratar-se de serviço de valor adicionado.

Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 710774 (STJ - RESP 710774 /MG- Minas Gerais) - Relator: Min. Eliana Calmon - Segunda Turma do STJ - Unânime - j. 07/02/2006 - Diário da Justiça, Seção 1, 06/03/2006.

Não-incidência de ICMS sobre os serviços prestados acessoriamente ao serviço de TV a cabo (adesão ao serviço, habilitação de equipamento decodificador, instalação de ponto extra, mudança de seleção de canais, instalação de

² Fonte: Coletânea de Normas e Julgados de Telecomunicações [on-line]. Disponível para consulta via WWW, na URL: www.getel.org.

equipamentos, assistência técnica). Decisão unânime da 2ª Turma do STJ no sentido do ISS, eis não se tratarem de serviços de comunicação strictu sensu.

Supremo Tribunal Federal - Recurso Extraordinário nº 117315 (STF - RE 117315 / RS - Rio Grande do Sul) - Relator: Min. Moreira Alves - Tribunal Pleno do STF - Maioria - j. 19/04/1990 - Diário da Justiça, Seção 1, 22/06/1990.

Declaração de inconstitucionalidade em concreto da cobrança de sobretarifas sobre os serviços de telecomunicações e instituídos pelo antigo CONTEL. Entendimento de que a sobretarifa não correspondia a uma retribuição tarifária, mas a um imposto camuflado, que desrespeitara a exigência de sua instituição por lei em sentido formal. Voto divergente do Min. Sepúlveda Pertence, que aceitava a constitucionalidade das cobranças na proporção de sua efetiva vinculação ao Fundo Nacional de Telecomunicações e aos fins de expansão e melhoramento dos serviços de telecomunicações por intermédio da então empresa estatal EMBRATEL.

Supremo Tribunal Federal - Recurso Extraordinário nº 134071 (STF - RE 134071 / São Paulo - SP) - Relator: Min. Ilmar Galvão - Primeira Turma do STF - Unânime - j. 15/09/1992 - Diário da Justiça, Seção 1, 30/10/1992, pág. 19516.

Edição de listas telefônicas (catálogos ou guias) é imune ao ISS mesmo que nelas haja publicidade paga. Caso em que a Fazenda Pública do Estado de São Paulo pretendia o reconhecimento de relação jurídico-tributária para a cobrança do Imposto sobre Serviços. Recurso extraordinário conhecido e provido para o fim de liberar a edição de listas telefônicas da incidência do ISS.

Supremo Tribunal Federal - Recurso Extraordinário nº 140886 (STF - RE 140886 / RJ - Rio de Janeiro) - Relator: Min. Ilmar Galvão - Primeira Turma do STF - Unânime - j. 01/09/1992 - Diário da Justiça, Seção 1, 02/10/1992, pág. 16847.

Para fins tributários, os serviços de telecomunicações são espécies do gênero serviços de comunicações. O acórdão também firmou o entendimento de que não existe serviço de telefonia de natureza estritamente municipal, o que é bem diverso de se dizer que não existem mais ligações municipais em serviços de telefonia. Somente outras modalidades de serviços de telecomunicações, tais como a de transmissão de dados, de cabodifusão, de música funcional, dentre outros, em que se possam identificar os pontos de emissão, transmissão e recepção em um mesmo município, merecem a classificação de serviços de natureza estritamente municipal. Por isso, a decisão do STF foi no sentido de aplicar a não-incidência do ISS sobre os serviços de telefonia.

Supremo Tribunal Federal - Recurso Extraordinário nº 230337 (STF - RE 230337/ RN - Rio Grande do Norte) - Relator: Min. Carlos Velloso - Tribunal Pleno do STF - Maioria - j. 01/07/1999 - Diário da Justiça, Seção 1, 28/06/2002, pág. 93.

Imunidade setorial prevista no art. 155, §3º, da Constituição Federal de 1988. Inaplicabilidade desta imunidade às contribuições para custeio da seguridade social (COFINS e PIS).

Supremo Tribunal Federal - Recurso Extraordinário nº 330074 (STF - RE 330074 / SP - São Paulo) - Relator: Min. Ilmar Galvão - j. 09/10/2002 - Diário da Justiça, Seção 1, 04/11/2002, pág. 49.

Instalação de centrais telefônicas é considerada obra de engenharia, em que incide ISS sobre o valor da prestação do serviço. O ICM incide apenas sobre o equipamento fornecido. Negado seguimento ao recurso extraordinário por decisão monocrática sob o argumento de que a pretensão de fazer incidir o ICM sobre o valor total da operação contrariava jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal.

Superior Tribunal de Justiça - Súmula do STJ nº 350 - Primeira Seção do STJ - j. 11/06/2008 - Diário Oficial da União, Seção 1, 19/06/2008, pág. 1.

O ICMS não incide sobre o serviço de habilitação de telefone celular.