Valor ECONÔMICO

8 de novembro de 2011

O ICMS sobre as telecomunicações

Por **Leonardo P. Antonelli e Carolina P. Lopes**

Foi com grande perplexidade para o mundo jurídico que, mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal (STF), atuando como verdadeiro tribunal de apelação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), admitiu analisar um recurso extraordinário que trata da incidência do ICMS sobre o serviço de habilitação de celular, após ter recusado mais de 20 recursos sobre esse tema pelo fato da questão ser infraconstitucional.

Não é a primeira vez que a Suprema Corte avoca para si matéria há muito pacificada pelo STJ (como exemplo, o caótico resultado da Cofins para a sociedade de advogados), gerando incertezas e insegurança àqueles que, corretamente, se apoiam em decisões que deveriam ser irreversíveis.

O tema em debate surgiu por força das tentativas dos Estados e do Distrito Federal em ampliar o raio de abrangência do ICMS sobre comunicações para as atividades preparatórias (atividades-meio), em razão do disposto no Convênio nº 69, de 1998. O STJ, a quem cabia dar a última palavra sobre a legalidade da cobrança, vem de longa data rechaçando o posicionamento da Fazenda. Perante a 1ª Seção há apenas cinco precedentes favoráveis afastando a incidência do ICMS sobre atividades-meio ao serviço de comunicação. Tais como: o provimento de torres de transmissão, locação de aparelhos, manutenção das estações rádio-base, provedores de internet, acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura, utilização dos serviços suplementares, facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, entre outros.

Não é a primeira vez que a Suprema Corte avoca para si matéria já pacificada pelo STJ

O leading case sobre o tema da 1ª Seção é de dezembro de 2004, nos autos do RMS 11.368. Por unanimidade de votos, concluíram os ministros que o ICMS só deve incidir sobre atividades-fim, e não sobre as atividades-meio. Destacaram a ilegalidade do Convênio Confaz nº 69, cuja cláusula primeira incluiu na base de cálculo do tributo: o "acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente de denominação que lhes seja dada".

O segundo precedente foi os Embargos de Divergência no REsp nº 456.650, da 1ª Seção, julgado em maio de 2005, que mais uma vez ratifica a posição anterior. Nesse caso, foi afastada a incidência do ICMS sobre os serviços prestados por provedores de acesso à internet. O argumento utilizado foi que se tratava de simples serviço de valor adicionado (atividade meio). Segundo esse paradigma, cabe à Lei Geral das Telecomunicações e ao Regulamento da Anatel conceituar o que são serviços de telecomunicações e definir quais empresas prestam esses serviços. O Regulamento da Anatel (Resolução nº 73/98), em seu art. 3º, excluiu as atividades de provimento de capacidade de satélite, a atividade de habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações e os serviços de valor adicionado da lista dos serviços de telecomunicações.

No terceiro julgamento concluído em maio de 2009, no Resp nº 760.230, fora destacado que os serviços acessórios ou suplementares ao serviço de comunicação têm a função de proporcionar as condições materiais necessárias à implementação do serviço de comunicação, bem como a sua manutenção, porquanto, por si sós, não possibilitam a emissão, transmissão ou recepção de informações.

Em junho de 2009, nos autos do REsp nº 945.037, o relator ministro Luiz Fux trouxe uma compilação de dezenas de julgados favoráveis ao contribuinte, reafirmando a necessária distinção para fins tributários da atividade-meio versus atividade-fim. A referida compilação assevera por meio do longo voto condutor do relator que não incide ICMS sobre os serviços suplementares ao serviço de comunicação, tais como locação de aparelhos e torres de transmissão.

No mais recente julgamento da 1ª Seção, no Resp 816512, de fevereiro de 2010, mais uma vez foi reproduzida a fundamentação quanto a não incidência do ICMS sobre os serviços de habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação), cadastro de usuário e equipamento, entre outros serviços, que configurem atividade-meio.

Diante das reiteradas decisões, em um mesmo sentido, foram editadas as Súmulas 334, segundo a qual "o ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à internet" e a 350, dispondo que "o ICMS não incide sobre o serviço de habilitação de telefone celular".

Verifica-se que o quadro sólido trazido pelo STJ está hoje em xeque pelo julgamento iniciado no RE 572020, de relatoria do ministro Marco Aurélio que defende a tributação do ICMS sobre a habilitação do celular, pelo fato desta ser indispensável para o estabelecimento da comunicação, abrindo assim o primeiro voto a favor do Fisco. A favor dos contribuintes veio o ministro Luiz Fux, mantendo a posição apresentada como relator em diversos precedentes do STJ. Como se vê, a questão ainda não se pode dizer encerrada, ficando a cargo da Suprema Corte, em nome da segurança jurídica, não ignorar a fundamentação que trilhou o STJ ao adotar posição favorável aos contribuintes em dezenas de julgados e nas súmulas editadas.

Leonardo Pietro Antonelli e Carolina Pederneiras Lopes são advogados do escritório Antonelli & Associados