STJ00103372

André Mendes Moreira

Professor Adjunto de Direito Tributário dos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da UFMG; Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela USP; Mestre em Direito Tributário pela UFMG; Diretor da Associação Brasileira de Direito Tributário e Advogado.

A TRIBUTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO

2ª edição revista, atualizada e ampliada

editora e livraria
NOESES

STJ00103372

Fundador e Editor-chefe: Paulo de Barros Carvalho
Gerente de Produção Editorial: Rosangela Santos
Arte e Diagramação: Renato Castro
Revisão: Georgia Evelyn Franco
Designer de Capa: Aliá3 - Marcos Duarte

A Tributação dos Serviços de Comunicação
1.ª edição: 2006, São Paulo: Dialética

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

2016

editora e livraria
NOESES

Editora Noeses Ltda.
Tel/fax: 55 11 3666 6055
www.editoranoeses.com.br

1062041

STJ00103372

SUMÁRIO

NOTA À SEGUNDA EDIÇÃO ..... **VII**

PREFÁCIO À PRIMEIRA EDIÇÃO ..... **IX**

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS UTILIZADAS ..... **XXI**

INTRODUÇÃO **01**

1. AS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL: PANORAMA HISTÓRICO, CONSTITUCIONAL E REGULATÓRIO **07**

1.1. Origens e desenvolvimento das telecomunicações na primeira metade do século XX 07

1.2. O Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962, a centralização do poder concedente operada pela Constituição de 1967 e a criação do Sistema Telebrás: uma nova realidade 12

1.3. O cenário à luz da Constituição da República de 1988 19

1.4. As normas jurídicas prévias à Lei Geral de Telecomunicações 21

STJ00103372

1.4.1. A Emenda Constitucional nº 08/95 21

1.4.2. A Lei Mínima e as Leis nºs 8.977/95 e 8.987/95 24

1.5. A Lei Geral de Telecomunicações 26

1.6. A privatização 35

1.7. O atual panorama do mercado de telecomunicações 40

1.7.1. O mercado de telecomunicações em números 41

1.7.2. A convergência tecnológica e os novos serviços de telecomunicação 45

1.7.3. As telecomunicações e os serviços *Over-the-Top* – OTT 49

2. OS PREDECESSORES DO ICMS-COMUNICAÇÃO: O ISSC-FEDERAL E O ISSQN SOBRE COMUNICAÇÕES INTRAMUNICIPAIS 55

2.1. A Emenda Constitucional nº 18/65 e a Constituição de 1967-69 55

2.2. O fato gerador do ISSC-federal no Código Tributário Nacional e a efetiva instituição do imposto pelo DL nº 2.186/84 58

2.3. O ISSQN sobre comunicações intramunicipais 61

2.4. Os conflitos impositivos entre o ISSQN e o ISSC à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os serviços de comunicação constantes da lista da LC nº 56/87 62

2.5. Conclusões 69

STJ00103372

3. O NOVO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 71

3.1. Considerações iniciais sobre o ICMS 71

3.2. Os dispositivos constitucionais objetos do estudo..... 74

3.3. O núcleo da regra-matriz do ICMS-comunicação na Constituição de 1988: *prestação de serviço de comunicação* 77

3.3.1. O significado da expressão *prestação de serviço* 77

3.3.2. Definição de *comunicação* 86

3.3.3. A necessidade de efetiva *prestação de serviço de comunicação* para configuração do fato gerador do ICMS 90

3.4. Serviços de comunicação internacional. Particularidades 93

3.4.1. Serviço iniciado no exterior e completado no Brasil (tráfego entrante) 94

3.4.2. Serviço iniciado no Brasil e completado no exterior (tráfego sainte) 96

3.4.3. Não incidência de ICMS sobre os serviços de comunicação iniciados no exterior e completados no Brasil. Imunidade 98

3.4.4. Autorização constitucional para tributação dos serviços de comunicação originados no Brasil e completados no exterior 99

3.4.5. Aplicação das conclusões à telefonia celular: *roaming internacional entrante* e *sainte* 101

STJ00103372

3.5. Os serviços de radiodifusão e a imunidade do art. 155, §2º, X, *d*, da CR/88 103

3.5.1. Definição de radiodifusão 103

3.5.2. A doutrina e os serviços de radiodifusão 104

3.5.2.1. A distinção constitucional entre radiodifusão, serviço postal e telecomunicações não produz efeitos relativamente ao ICMS 105

3.5.2.2. A desnecessidade, para fins de incidência do ICMS, da bidirecionalidade no serviço de comunicação 108

3.5.2.3. A propagada necessidade de determinação do receptor da mensagem 109

3.5.2.4. A questão da gratuidade dos serviços de radiodifusão 111

3.5.2.5. A remuneração percebida dos anunciantes pelas emissoras de rádio e TV refere-se à prestação de serviço de veiculação de publicidade e propaganda, sendo intributável pelo ICMS 112

3.5.3. O Supremo Tribunal Federal e a incidência de ICMS sobre os serviços de radiodifusão 117

3.5.4. A *ratio* da imunidade prevista no art. 155, §2º, X, *d*, da CR/88 124

3.6. A materialidade da hipótese de incidência do ICMS-comunicação à luz da CR/88 e da jurisprudência do STF 125

STJ00103372

4. AS NORMAS GERAIS DO ICMS-COMUNICAÇÃO ... 127

4.1. O papel da lei complementar em matéria tributária 127

4.2. O Convênio ICM nº 66/88 e a Lei Complementar nº 87/96 ... 133

4.2.1. Incidência e não incidência do imposto. Momento de ocorrência do fato gerador (aspectos material e temporal da hipótese de incidência tributária) ... 134

4.2.1.1. Onerosidade do serviço e ampliação, pela LC nº 87/96, das atividades que perfazem o fato gerador do ICMS-comunicação ... 136

4.2.1.2. A isenção do ICMS na prestação dos serviços de comunicação para o exterior ... 137

4.2.1.2.1. Os dispositivos isencionais e seu fundamento constitucional ... 137

4.2.1.2.2. A corrente subjetiva: a isenção somente abarca os serviços iniciados no exterior (tráfego entrante) ... 139

4.2.1.2.3. A corrente objetiva: a isenção compreende tanto os serviços originados no exterior (tráfego entrante) como os iniciados no Brasil e completados no exterior (tráfego sainte) ... 141

4.2.1.2.4. O nosso entendimento ... 142

STJ00103372

4.2.1.3. A tributação antecipada dos serviços de comunicação prestados por meio de cartões telefônicos 145

4.2.2. Local de ocorrência do fato gerador (aspecto espacial) 155

4.2.3. Contribuinte (aspecto pessoal) 166

4.2.4. Dever tributário (aspectos da consequência jurídica endonormativa) 166

4.2.4.1. A quem pagar e quem deve pagar 167

4.2.4.2. Quanto pagar (base de cálculo e alíquota) 168

4.2.4.2.1. A majoração da alíquota pelo adicional do ICMS para o Fundo Estadual de Combate à Pobreza 168

4.2.4.3. Quando, como e onde pagar 174

5. A LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES E A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS 177

5.1. O conceito de *telecomunicação* 177

5.2. A definição de *serviço de telecomunicação* 180

5.3. A *quaestio juris*: teria a LGT ampliado a hipótese de incidência do ICMS-comunicação? 182

5.3.1. A corrente ampliativa 182

5.3.2. A corrente restritiva 183

STJ00103372

5.3.3. O nosso entendimento 188

5.4. Os serviços de valor adicionado 191

6. DA NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE VALOR ADICIONADO 199

6.1. A problemática da distinção entre SVA e serviço de telecomunicação 199

6.2. O serviço de auxílio à lista (102) 200

6.3. O serviço despertador (chamada teleprogramada) e o serviço de hora certa (130) 203

6.4. O serviço de provimento de acesso à Internet 205

6.4.1. A Internet 206

6.4.2. Os provedores de *backbone* e os provedores de acesso 209

6.4.3. As posições doutrinárias sobre a questão 214

6.4.4. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça 218

6.4.5. Conclusões 223

6.5. A hospedagem de sites (*web hosting*) 226

7. DA NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE OUTROS SERVIÇOS CONEXOS AOS DE TELECOMUNICAÇÕES 229

7.1. Os Convênios ICMS nº 02/96 e 69/98 229

STJ00103372

7.2. O papel dos convênios e o princípio da legalidade estrita em matéria tributária 233

7.3. Habilitação de telefones 237

7.4. A assinatura mensal 245

7.4.1. Introito 245

7.4.2. Natureza jurídica da assinatura: tarifa 247

7.4.3. As razões da não incidência 252

7.4.4. A inclusão de minutos na tarifa de assinatura. Forma de tributação 260

7.5. Os serviços suplementares e facilidades adicionais aos serviços de telecomunicações 267

7.6. O julgamento do Recurso Especial nº 1.176.753/RJ... 272

7.7. Não incidência do ICMS sobre outras atividades conexas à de telecomunicação 277

7.7.1. Outros serviços (mudança de endereço, desligamento, substituição de número, *et caterva*) 277

7.7.2. O transporte de sinais de telecomunicações por satélite 279

7.7.3. Impossibilidade de responsabilização das operadoras locais pelo pagamento do ICMS devido na prestação de serviços de telefonia internacional (tráfego sainte) 282

7.7.4. Não incidência de ICMS sobre a locação de equipamentos utilizados na prestação do serviço de comunicação 289

STJ00103372

8. O ICMS-COMUNICAÇÃO E O ISSQN: CONFLITOS DE COMPETÊNCIA 295

8.1. As razões do estudo 295

8.2. A repartição constitucional de competências tributárias. Impossibilidade de superposição contributiva 296

8.2.1. Definição de competência tributária 296

8.2.2. A repartição de competências na CR/88 e a teoria dos tributos vinculados e não vinculados a uma atuação estatal 298

8.3. O ISSQN: hipótese de incidência e taxatividade da lista de serviços 303

8.3.1. Evolução constitucional e legislativa do ISSQN 303

8.3.2. A taxatividade da lista e a possibilidade de interpretação extensiva 306

8.3.3. A hipótese de incidência do ISSQN 314

8.3.3.1. Aspecto material 314

8.3.3.2. Aspecto espacial 315

8.3.3.3. Aspecto temporal 315

8.3.3.4. Aspecto pessoal 315

8.3.3.5. Base de cálculo e alíquota 316

8.4. Serviços sujeitos ao ICMS 316

8.4.1. Radiochamada 316

8.4.2. Serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado — SeAC 322

STJ00103372

8.5. Serviços sobre os quais não incide o ICMS 327

8.5.1. Serviços de valor adicionado: advertência prévia 327

8.5.1.1. Auxílio à lista, hora certa, despertador e 0900 328

8.5.1.2. Provimento de acesso à Internet e hospedagem de *sites* (*web hosting*) 331

8.5.2. Serviços suplementares, facilidades adicionais e outros serviços 334

8.5.3. Outras atividades-meio 340

8.6. A questão das placas e painéis para "comunicação visual". ISSQN ou ICMS-circulação de mercadorias? 343

8.7. Publicidade e propaganda na internet 347

9. EPÍLOGO **355**

REFERÊNCIAS **361**