

**PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2011 –
COMPLEMENTAR**

Altera os arts. 11 e 12 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, que “dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS)”.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os arts. 11 e 12 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 11.
.....

III -
.....

b) o do estabelecimento da concessionária, permissionária ou autorizada:

1. que forneça meio de pagamento para utilização em terminais de uso público; ou

2. em que o terminal de uso particular estiver habilitado.

.....” (NR)

“Art. 12.....
.....

VII – das prestações onerosas, inclusive pré-pagas, 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;

.....

§ 1º Na hipótese do inciso VII, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento a usuário, ou a intermediário que forneça a usuário, de meio de pagamento para utilização em terminais de uso público.

.....” (NR)

Art. 2º Esta Lei Complementar entra em vigor em 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação oficial.

JUSTIFICAÇÃO

A Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (“Lei Kandir”), que estabelece normas gerais relativas ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), precisa ser aperfeiçoada para adaptar-se aos novos hábitos de consumo e à evolução tecnológica dos serviços de telecomunicações. A portabilidade dos terminais, a enorme popularidade dos planos de serviço pré-pagos e a possibilidade de utilizar o crédito antecipado para contratação de outros produtos e serviços – distintos dos de comunicação – afetaram diretamente os elementos espacial e temporal da hipótese de incidência do imposto descrita na legislação.

Embora tenha sido concebida há apenas quinze anos, é preciso notar que a Lei Kandir é contemporânea da introdução da internet no Brasil. Desde então, sucessivas inovações tecnológicas, associadas à inclusão de novas classes e gerações de consumidores, alteraram a forma como os serviços de comunicação são oferecidos e consumidos. Em 1996, havia não mais do que 2,7 milhões de aparelhos celulares aptos a realizar apenas chamadas telefônicas. Hoje, são mais de 200 milhões de assinaturas, a maioria com possibilidade de navegar na internet e realizar comércio eletrônico em qualquer lugar do País. Mais de 80% dessas assinaturas operam na modalidade pré-paga, que requer do usuário final a constituição de crédito junto à prestadora do serviço. Além disso, o terminal móvel se transformou em um meio de pagamento, habilitando o usuário a direcionar seu crédito para a compra de produtos e serviços em geral.

Trata-se de um cenário não totalmente disciplinado pela legislação em vigor, o que tem exigido do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) a edição de convênios que extrapolam sua competência normativa e colocam em risco a arrecadação do tributo.

A Carta Magna estabeleceu como materialidade do ICMS, entre outras, a prestação de serviços de comunicação. Nos termos do art. 12, VII, da Lei Kandir, a ocorrência do fato gerador se dá no momento da prestação de serviço de comunicação. Como exceção à regra, o § 1º do art. 12 estipulou que, *quando o serviço for prestado mediante pagamento em ficha, cartão ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao usuário.*

Destaque-se o fato de que essa exceção – prevista em 1996, quando nem **sequer existiam as modalidades pré-pagas dos serviços móveis** – visava tão somente controlar a arrecadação associada ao uso dos Telefones de Uso Público (“orelhões”). A **antecipação** do pagamento do imposto estadual que ocorre em tais casos atendeu aos princípios da praticidade e da razoabilidade, na medida em que não havia sistemas informatizados e processos de fiscalização que permitissem, a um custo razoável, aferir os valores devidos **após** o efetivo uso coletivo desses terminais. E era razoável presumir a ocorrência futura do fato gerador, pois as fichas e cartões indutivos utilizados nos “orelhões” se prestam à utilização exclusiva em comunicação.

Atualmente, já não se pode presumir que o carregamento de créditos em cartões ou assemelhados (como o PIN eletrônico e a recarga *on-line*), associados às modalidades pré-pagas, se destina ao consumo exclusivo de serviços de comunicação. Com efeito, cresce a participação das receitas associadas a Serviços de Valor Adicionado (SVA), acessórios e complementares aos serviços de comunicação – sobre os quais não incide ICMS, de acordo com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – no faturamento das prestadoras de serviços de telecomunicações.

A opção legislativa pela tributação antecipada não tem o condão de considerar, como hipótese de incidência de imposto, realidades diversas da escolhida pelo legislador constituinte. O *download* de aplicativos e conteúdos (como “ringtones”, “truetones”, jogos eletrônicos, entre outros) e o uso dos créditos para comercialização de produtos e serviços, por exemplo, não pode

ser alvo da incidência do ICMS, com base apenas na praticidade. Na medida em que o terminal portátil se presta, cada vez mais, a ser instrumento de pagamento de serviços outros que não os de comunicação, a cobrança antecipada do ICMS, além de inadequada, torna-se vulnerável juridicamente, por ferir os princípios constitucionais tributários da legalidade, tipicidade, isonomia e capacidade tributária. O princípio da livre iniciativa, que fundamenta a ordem econômica, requer que as operadoras, a depender do disposto nos contratos que regulam as ofertas e serviços oferecidos, possam pactuar a melhor forma de equacionar os interesses das partes.

Diante dessa nova realidade, propomos alterar a redação do inciso VII e do § 1º do art. 12 da Lei Kandir, para eliminar a obrigatoriedade de antecipar o recolhimento de ICMS sobre os créditos associados a quaisquer **meios de pagamento** de serviços de comunicação, à exceção daqueles usados em orelhões. Procuramos atualizar a nomenclatura em busca de segurança jurídica e de robustez a futuras inovações tecnológicas que tornem ainda mais obsoleta a redação vigente.

Importante frisar que, diferentemente do que poderia ocorrer quinze anos atrás, o Fisco não estará mais vulnerável a uma eventual manipulação de informação por parte dos contribuintes de direito. As operadoras dispõem de sistemas auditáveis que controlam a efetiva utilização dos créditos por parte dos usuários, de forma que é possível emitir e armazenar as respectivas notas fiscais, segregando dos demais itens o consumo de serviços de comunicação. Assim, a antecipação do ICMS deixou de ser instrumento necessário para a correta apuração da base de cálculo do tributo.

No que tange ao elemento espacial, propomos uma alteração na redação do art. 11, III, “b”, que instituiu exceção à **regra geral** – prevista na alínea “d” como o **local onde o serviço é cobrado** – para tratar do serviço prestado em terminais de uso público. Como a fruição do serviço em orelhões requer o uso de fichas, cartões ou assemelhados, que podem ser adquiridos em qualquer local do País, seria inadequada a aplicação da regra geral.

Ocorre que, desde a edição da Lei Kandir, a utilização de cartões e assemelhados para pagamento pelos serviços prestados tornou-se muito comum no País, **e se estendeu a terminais de uso particular**. Isso gerou uma distorção na aplicação do citado dispositivo. No caso dos celulares pré-pagos,

por exemplo, julgamos que o imposto não deve ser recolhido em favor do Estado onde o “cartão” é adquirido, mas em favor daquele em que o terminal está habilitado.

Para corrigir essa distorção, propomos que, ao se utilizar quaisquer meios de pagamentos, o **local da prestação** seja o do estabelecimento da prestadora em que estiver habilitado o terminal de uso individual. Para os terminais de uso público, mantém-se a regra que responsabiliza o estabelecimento que fornece o meio de pagamento com o qual o serviço será pago.

A alteração da redação do citado dispositivo vem ao encontro do estatuído pelo Convênio ICMS nº 55, de 2005, firmado no âmbito do CONFAZ e aplicado por vinte Estados da Federação. Mesmo Estados que optaram por se retirar do referido convênio incorporaram idêntico critério espacial em suas respectivas legislações.

Com as mudanças sugeridas, os contribuintes de direito deixarão de recolher ICMS sobre materialidades distintas das previstas em lei, evitando a formação de passivos que, futuramente, gerariam sérias discussões judiciais. Os usuários finais também serão beneficiados na medida em que as prestadoras de serviços não terão “custos tributários” indevidos a repassar.

Os Estados passarão a cobrar o ICMS nas modalidades pré-pagas da mesma forma adotada relativamente aos planos pós-pagos, com base nas Notas Fiscais (NFST). Finalmente, importa notar que os fiscos estaduais terão “perda” de arrecadação meramente residual, que só ocorrerá nos raríssimos casos em que, por falta de iniciativa do usuário (extravio ou destruição do meio físico, por exemplo), os créditos não forem ativados (reconhecidos) pela empresa de telecomunicação, impossibilitando o efetivo consumo pelo usuário.

Convencido do mérito desta proposição, submetemo-la à apreciação dos Pares, na expectativa de que venham a aperfeiçoá-la.

Sala das Sessões,

Senador FRANCISCO DORNELLES