



SENADO FEDERAL

(*)PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 736, 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;

.....

(*) Avulso republicado em 15/12/2011 para correção do título

§ 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**

LEGISLAÇÃO CITADA

LEI COMPLEMENTAR Nº 87, DE 13 DE SETEMBRO DE 1996

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, e dá outras providências. (LEI KANDIR)

.....
Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador;

b) onde se encontre, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhado de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária;

c) o do estabelecimento que transfira a propriedade, ou o título que a represente, de mercadoria por ele adquirida no País e que por ele não tenha transitado;

d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física;

e) importado do exterior, o do domicílio do adquirente, quando não estabelecido;

f) aquele onde seja realizada a licitação, no caso de arrematação de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

g) o do Estado onde estiver localizado o adquirente, inclusive consumidor final, nas operações interestaduais com energia elétrica e petróleo, lubrificantes e combustíveis dele derivados, quando não destinados à industrialização ou à comercialização;

h) o do Estado de onde o ouro tenha sido extraído, quando não considerado como ativo financeiro ou instrumento cambial;

i) o de desembarque do produto, na hipótese de captura de peixes, crustáceos e moluscos;

II - tratando-se de prestação de serviço de transporte:

a) onde tenha início a prestação;

b) onde se encontre o transportador, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhada de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária;

c) o do estabelecimento destinatário do serviço, na hipótese do inciso XIII do art. 12 e para os efeitos do § 3º do art. 13;

III - tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação:

a) o da prestação do serviço de radiodifusão sonora e de som e imagem, assim entendido o da geração, emissão, transmissão e retransmissão, repetição, ampliação e recepção;

b) o do estabelecimento da concessionária ou da permissionária que forneça ficha, cartão, ou assemelhados com que o serviço é pago;

c) o do estabelecimento destinatário do serviço, na hipótese e para os efeitos do inciso XIII do art. 12;

c-1) o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite; (Alínea incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

d) onde seja cobrado o serviço, nos demais casos;

IV - tratando-se de serviços prestados ou iniciados no exterior, o do estabelecimento ou do domicílio do destinatário.

§ 1º O disposto na alínea c do inciso I não se aplica às mercadorias recebidas em regime de depósito de contribuinte de Estado que não o do depositário.

§ 2º Para os efeitos da alínea h do inciso I, o ouro, quando definido como ativo financeiro ou instrumento cambial, deve ter sua origem identificada.

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

I - na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local em que tenha sido efetuada a operação ou prestação, encontrada a mercadoria ou constatada a prestação;

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;

III - considera-se também estabelecimento autônomo o veículo usado no comércio ambulante e na captura de pescado;

IV - respondem pelo crédito tributário todos os estabelecimentos do mesmo titular.

§ 4º (VETADO)

§ 5º Quando a mercadoria for remetida para armazém geral ou para depósito fechado do próprio contribuinte, no mesmo Estado, a posterior saída considerar-se-á ocorrida no estabelecimento do depositante, salvo se para retornar ao estabelecimento remetente.

§ 6º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, tratando-se de serviços não medidos, que envolvam localidades situadas em diferentes unidades da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, o imposto devido será recolhido em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador. (Parágrafo incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento;

III - da transmissão a terceiro de mercadoria depositada em armazém geral ou em depósito fechado, no Estado do transmitente;

IV - da transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente;

V - do início da prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, de qualquer natureza;

VI - do ato final do transporte iniciado no exterior;

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

VIII - do fornecimento de mercadoria com prestação de serviços:

a) não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

b) compreendidos na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto de competência estadual, como definido na lei complementar aplicável;

IX – do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

X - do recebimento, pelo destinatário, de serviço prestado no exterior;

XI – da aquisição em licitação pública de mercadorias ou bens importados do exterior e apreendidos ou abandonados; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

XII – da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização; (Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

XIII - da utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente.

§ 1º Na hipótese do inciso VII, 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.

§ 2º Na hipótese do inciso IX, após o desembaraço aduaneiro, a entrega, pelo depositário, de mercadoria ou bem importados do exterior deverá ser autorizada pelo órgão responsável pelo seu desembaraço, que somente se fará mediante a exibição do comprovante de pagamento do imposto incidente no ato do despacho aduaneiro, salvo disposição em contrário.

§ 3º Na hipótese de entrega de mercadoria ou bem importados do exterior antes do desembaraço aduaneiro, considera-se ocorrido o fato gerador neste momento, devendo a autoridade responsável, salvo disposição em contrário, exigir a comprovação do pagamento do imposto. (Incluído pela Lcp 114, de 16.12.2002)

.....

(À Comissão de Assuntos Econômicos)

Publicado no **DSF** em 15/12/2011

Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal – Brasília-DF
OS: 16782/2011