

HELENO TAVEIRA TÔRRES
Coordenador

DIREITO TRIBUTÁRIO DAS TELECOMUNICAÇÕES



THOMSON
IOB

17. Da inexistência da cobrança do ICMS no adicional de deslocamento nos serviços de telefonia móvel

Armênio Lopes Correia

Responsável pela elaboração de projetos de Planejamento Tributário e Societário, de pleno aproveitamento de todos os benefícios fiscais disponíveis e de Programas da Área Fisco – Tributária, objetivando a maximização dos resultados e a redução dos custos das Empresas e Gerente de Planejamento Tributário da Telemig Celular e Amazônia Celular.

Helenilson Cunha Pontes

Doutor em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Advogado.

INTRODUÇÃO

O presente texto aborda o debate acerca das questões jurídicas relativas à validade da exigência por parte dos Estados, nos termos do Convênio ICMS nº 69/98, do ICMS sobre a verba denominada “Adicional de Deslocamento nos Serviços de Telefonia Móvel”. O Convênio em questão determinou a inclusão, na base de cálculo do ICMS, dos valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, *independentemente da denominação que lhes seja dada*. Tal verba tem sido, em nosso entender, indevidamente enquadrada como serviços de comunicação para o efeito de incidência do ICMS, quando, na realidade, não preenche o requisito legal e constitucional necessário a tal configuração jurídico-tributária.

1 DO CONCEITO DE ADICIONAL DE DESLOCAMENTO NA TELEFONIA MÓVEL

A telefonia celular é um sucesso nacional e prova disso é que o Brasil já ocupa o sétimo lugar no maior parque de terminais móveis do mundo. O número de terminais celulares já ultrapassa o número de linhas fixas, devendo atingir, em 2004, cerca de 60 milhões de aparelhos celulares, enquanto os terminais fixos devem permanecer no mesmo patamar do ano de 2003, próximo a 40 milhões de linhas.

Um dos fatores que contribuem para esse sucesso é a possibilidade de o usuário poder sair para qualquer lado do Brasil ou do mundo, sempre na companhia do seu celular. Em termos técnicos, significa a possibilidade de o cliente se deslocar de uma cidade para outra, ou seja, para fora da área em que está registrado o celular, passando a utilizar-se do serviço de *roaming*, consistindo na transferência (automática ou programada) de uma área para outra, a fim de que o aparelho funcione. Para que isso ocorra é necessário que haja interligações entre as diversas operadoras, no sentido de que o assinante possa utilizar os serviços de outra, como visitante (*roamer*).

Pelo exposto, o serviço de *roaming* possibilita ao assinante fazer e/ou receber chamadas telefônicas mesmo quando geograficamente fora de sua área de registro. Nos casos em que o cliente encontra-se deslocado para uma área de prestação de serviços de outra operadora (que não aquela com a qual o cliente possui vínculo contratual), uma vez que cada concessionária está limitada a operar apenas na sua área de concessão, dar-se-á a figura do *roaming* nacional.

Assim, por exemplo, se um assinante de uma operadora de Belo Horizonte se deslocar para Porto Alegre, todas as ligações originadas ou recebidas por este assinante deslocado serão realizadas pela operadora visitada, bastando para tanto acordo operacional de *roaming* nacional entre as operadoras envolvidas.

Em virtude da prestação de tais serviços – *roaming* nacional – a operadora visitada, em conformidade com a regulamentação do setor, exige da operadora de origem, responsável pelo faturamento junto ao seu cliente, os valores devidos pela utilização do serviço e do Adicional de Deslocamento ou Adicional por Chamada ou simplesmente AD.

Para as operadoras de telefonia celular que continuam enquadradas no Serviço Móvel Celular (SMC) o item 2.8 da Norma ANATEL nº 23/96 assim dispõe:

“Adicional por Chamada: item de Plano de Serviço, correspondente ao valor devido pelo Assinante à Concessionária SMC por chamada recebida ou originada fora dos limites da Área de Mobilidade definida no Plano de Serviço a que o Assinante está vinculado.”

Para as celulares já sujeitas ao Serviço Móvel Pessoal (SMP) o item I do art. 3º do Regulamento do SMP – Anexo à Resolução nº 316, de 27 de setembro de 2002 assim definiu:

“Adicional por Chamada – AD: valor fixo cobrado pela Prestadora de SMP, por chamada recebida ou originada, quando o Usuário estiver localizado fora de sua Área de Mobilidade.”

Percebe-se, por ambas as legislações, que o Adicional de Deslocamento foi criado como forma de remunerar as redes visitadas para disponibilizar os seus sistemas para uso do cliente viajante. Como o beneficiário não é um cliente permanente e, portanto, não tem vínculos com a Prestadora visitada, criou-se a figura do Adicional de Deslocamento que remunera a cada chamada recebida ou originada pelo visitante a disponibilização daquela rede.

Pela sistemática atual, os valores são fixados pela operadora visitada, por cada ligação originada ou recebida, e, independentemente, da duração da ligação.

Configura-se, assim, o Adicional de Deslocamento como um valor fixo que não possui qualquer vinculação com a relação comunicativa estabelecida entre as partes.

Pois bem, conceituado o Adicional de Deslocamento, tecemos abaixo a seguir comentários quanto à inexigibilidade da cobrança do ICMS sobre esses serviços.

2 O ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES

O art. 155, II da Constituição Federal constitui a norma de competência que faculta aos Estados e ao Distrito Federal a instituição de imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e prestações se iniciem no exterior – ICMS.

No entanto, a Constituição Federal não definiu estipulativamente o sentido normativo do termo “serviço de comunicação”, fato imponível da citada incidência tributária, de modo que a busca de tal sentido exige do intérprete/aplicador do direito à consideração das previsões normativas constantes da Lei Complementar, definidora das regras jurídicas necessárias à exigência do tributo em tela.

Ao disciplinar a incidência do ICMS sobre as prestações de serviços de comunicação, a Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 2º, inciso III, assim dispõe:

“Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

III – prestações onerosas 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;”

Seguindo a mesma disposição do art. 2º, inciso III, acima transcrito, o art. 12, inciso VII, da referida Lei Complementar nº 87/96, determinou o momento da ocorrência do fato gerador:

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

(...)

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;”

Depreende-se pela leitura dos artigos acima que, para que ocorra a tributação do ICMS, são necessárias três condições básicas:

- A prestação de serviços de comunicação deverá ser onerosa;
- A necessidade de qualquer meio entre o emissor e o receptor interligando as partes;
- O objeto é a comunicação de qualquer natureza.

A materialidade da hipótese de incidência da exação é bem caracterizada por Roque Antonio Carraza (*ICMS*, 7. ed., Malheiros, p.146), *verbis*:

“Estamos percebendo que só quando o destinatário assume papel ativo, contratando o serviço de comunicação e dele participando por meio de envio e do recebimento de mensagens, é que o ICMS pode incidir. O que se tributa é a execução do serviço, e, não, simplesmente, sua estipulação. Essa oração exterioriza, de modo incisivo, nosso juízo no sentido de que o ICMS em tela só pode incidir quando efetivamente ocorre prestação onerosa do serviço de comunicação. E que esta só se dá quando, uma vez estabelecida a relação comunicativa, há entre pelo menos duas pessoas efetiva transmissão de idéias, pensamentos ou intenções.

(...)

O que estamos querendo significar é que o tributo incide sobre a prestação de serviços de comunicação (atividade-fim); não sobre atos que a ela levam (atividade-meio).”

Portanto, no quadro normativo vigente, apenas podem ser objeto de incidência do ICMS os serviços de comunicação que são prestados onerosamente para que o usuário (emissor da mensagem) possa acessar um terceiro (destinatário). Aque-

las atividades, meios ou modos, de natureza preparatória à prestação dos serviços de comunicação, estão fora do campo da incidência do ICMS.

3 O ICMS E O ADICIONAL DE DESLOCAMENTO NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL

Conforme retro exposto, no contexto do problema ora analisado, o fato tributável pelo ICMS é a contraprestação, a título de comunicação, devida pelo usuário – à operadora de telefonia móvel a qual está vinculado contratualmente.

Como é sabido, a prestação dos serviços de telefonia móvel no Brasil pode ser realizada através de diferentes empresas concessionárias, cujas áreas de atuação são definidas geograficamente através de regulamentação específica, que não cabe neste contexto analisar.

O importante é observar que, em razão da citada divisão geográfica, as empresas de telefonia móvel obrigam-se, contratualmente, perante os seus usuários, a prestar os serviços de comunicação dentro de sua área de atuação.

No entanto, buscando o atendimento à Lei Geral de Telecomunicações que define que o usuário de serviços de telecomunicações tem direito de acesso a esses serviços, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional, as empresas de telefonia móvel, titulares do direito de exploração dos serviços em diferentes áreas de mobilidade, dentro do território nacional, devem procurar a integração operacional de modo que um usuário vinculado contratualmente a uma concessionária possa utilizar os serviços com ela contratados mesmo estando de fora da área de atuação desta.

Para que tal ocorra, no entanto, as empresas de telefonia móvel firmam acordos contratuais que permitem a mútua utilização de suas respectivas redes de comunicação, de modo que o usuário, ao fim e ao cabo, possa utilizar-se de serviço de telefonia móvel dentro de todo o território nacional, mesmo estando vinculado contratualmente a apenas uma empresa, com área de atuação circunscrita, normalmente aquela com direito de exploração sobre a cidade de domicílio do usuário.

Ocorre que as empresas de telefonia móvel exigem do usuário a elas vinculado o custo contratual pertinente à utilização, por esse, da rede de telecomunicações de outra empresa. Vale dizer, caso o usuário deseje utilizar o serviço móvel celular fora da área de mobilidade definida contratualmente com a empresa de telefonia a qual está vinculado contratualmente, deve pagar uma contraprestação adicional por tal fato.

Em outro dizer, para prestar o serviço *fim* de telecomunicação requerido por um usuário fora da sua área de mobilidade, a empresa de telefonia a qual o usuário está vinculado contratualmente (chamamos “Concessionária 1”), cobra desse o valor fixado pela operadora visitada (denominamos “Concessionária 2”), na forma de Adicional de Deslocamento, equivalente à remuneração pela disponibilização de sua estrutura de rede de telefonia e sistemas vinculados visando ao atendimento do usuário visitante. Poderíamos dizer que o Adicional de Deslocamento, exigido pela operadora visitada, equivaleria a uma taxa de disponibilização da rede, sendo portanto um ato preparatório (*meio*) para que o usuário visitante possa receber ou originar ligações em sua rede. Percebe-se que até esse momento nenhuma relação comunicativa foi realizada.

Vale lembrar mais uma vez que o valor definido pela “Concessionária 2” a título de Adicional de Deslocamento é fixo, independentemente da duração de tempo da chamada recebida ou originada.

Essa verba, denominada Adicional de Deslocamento, é mero repasse da cobrança pela utilização da capacidade adicional dos sistemas da operadora visitada para o atendimento ao assinante visitante, imposta em nome de caráter universal dos serviços, caracteriza contraprestação de serviço de comunicação, a permitir a incidência de ICMS sobre ela? Acreditamos que não.

O ICMS é tributo que incide sobre a contraprestação do serviço de comunicação, prestado, no caso ora analisado, pela empresa de telefonia móvel aos usuários com os quais mantém contrato de prestação de serviços de telecomunicações. Vale dizer, aquele tributo deve incidir apenas sobre o valor que esta empresa efetivamente auferir pelo serviço de comunicação prestado ao usuário. Assim, conforme vimos anteriormente, para que ocorra a tributação do ICMS, é necessária a relação comunicativa entre os envolvidos. Não existindo o tráfego comunicativo, não há que se falar em hipótese de incidência do ICMS.

No caso em tela, o *meio* que a “Concessionária 1” repassa para que o serviço de comunicação seja prestado ao seu usuário evidentemente não representa contraprestação de serviço de comunicação que se revele apto a sofrer a incidência tributária pelo ICMS. Na prática, os valores cobrados a título de Adicional de Deslocamento não possuem outra finalidade senão a de proporcionar a facilitação de sua atividade-fim, ou seja, a comunicação.

O serviço de comunicação desenvolve-se entre o usuário e a prestadora com qual o mesmo está juridicamente vinculado através de um contrato de prestação de serviços de telefonia móvel. O fato de as normas de regulação do setor admitirem que a prestadora repasse ao usuário o valor cobrado por outra prestadora não

transforma tal valor em contraprestação de serviço de comunicação sujeito à incidência do ICMS.

A base de cálculo do ICMS deve ser, em qualquer caso, a contraprestação do serviço de comunicação prestado, excluídos de verbas que representam custos adicionais relativos a *atividades-meio* da operadora e que apenas são repassados ao usuário, por força de expressa autorização das normas regulamentares.

A base de cálculo tributária, na lição de Paulo de Barros Carvalho (*Curso de Direito Tributário*, 13. ed., Saraiva, 2000, p. 324), “tem a virtude de confirmar, infirmar ou afirmar o critério expresso na composição do suposto normativo”. No caso ora analisado, a base de cálculo da incidência deve expressar apenas a quantificação econômica do serviço de comunicação prestado pela operadora, excluídos valores que representam, na realidade, *atividades-meio* para a execução da *atividade-fim*, ou seja, do serviço de comunicação.

Discorrendo sobre os efeitos tributários das atividades-meio, o Professor Aires Fernandino Barreto, em parecer inédito e não publicado, emitido sobre a tributação em Telecom, assevera que, *in verbis*:

“As atividades desenvolvidas como requisito, condição (até requinte) para a produção de outra utilidade qualquer para terceiros são sempre ações-meio; além desse marco, situam-se essas mesmas ações ou atividades como fim ou objeto, quando elas, em si mesmas consideradas, refletem a utilidade prestada a outrem.

Alvo de tributação é o esforço humano prestado a terceiros como fim ou objeto. Não as suas etapas, passos ou tarefas intermediárias, necessárias à obtenção do fim. Não a ação desenvolvida como requisito ou condição de *facere* (fato jurídico posto no núcleo da hipótese do tributo).”

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, entendemos que o Adicional de Deslocamento é atividade-meio para a efetiva realização dos serviços de comunicação, assim como outros valores, tais como assinatura e habilitação. Tais atividades não proporcionam tráfego comunicativo, tratam-se de custos de um mero *ato preparativo*, imposto pela operadora visitada, em prol da realização da *atividade-fim* da operadora de telefonia móvel, ou seja, prestação de serviços de comunicação. É neste momento que se define o serviço de comunicação, captado pela regra tributária; é sobre a contraprestação deste serviço que deve incidir o ICMS.