

A TRIBUTAÇÃO DOS SERVIÇOS TELEFÔNICOS PRÉ-PAGOS

Sacha Calmon Navarro Coelho
Igor Mauler Santiago

1. Intróito.

À parte a venda direta operadora → cliente, os variegados esquemas mercantis concebidos pelas companhias telefônicas para a circulação de créditos de telefonia pré-paga, nas modalidades fixa ou móvel, podem todos reduzir-se a uma dentre as três hipóteses que se seguem:

- venda dos créditos, corporificados ou não em suporte físico (cartões ou PIN's – *personal identification numbers*) a *dealers*, com garantia de recebimento do preço independentemente da efetiva revenda daqueles a consumidores finais;
- consignação dos cartões em mãos dos intermediários, que somente terão o dever de pagar o preço se e na medida em que lograrem vendê-los – em nome da operadora – a consumidores finais;
- descarga direta, pelas operadoras, de créditos de telefonia desprovidos de suporte físico no aparelho do cliente, servindo o intermediário como elo tecnológico e financeiro entre as partes.

No primeiro caso, tem-se contrato de compra e venda. Nos últimos dois, prestação de serviço de agência ou distribuição comercial.

Exceção feita ao ICMS, cada uma das figuras contratuais atrairá um regime tributário diverso (está-se a falar do PIS, da COFINS, do FUST, do FUNT-TEL, do ISS e da contribuição social sobre a folha de pagamentos).

Começemos pelo ICMS. Antes disso, contudo, empreendamos breve incursão nos domínios do Direito Regulatório.

2. Vedação à difusão, via compra e venda, de cartões indutivos.

Segundo o *Regulamento para Utilização do Cartão Indutivo em Telefone de Uso Público do Serviço Telefônico Fixo Comutado*, editado pela ANATEL, “somente a Prestadora do STFC que tem Telefone de Uso Público em serviço em sua planta pode emitir e comercializar cartões indutivos para o público em geral” (art. 3º). A regra é reforçada no art. 6º, *caput*, do mesmo Regulamento.

* Professor Titular de Direito Tributário da UFRJ. Doutor em Direito Público pela UFMG. Advogado.

** Professor de Direito Tributário da UFMG. Mestre e Doutor em Direito Tributário pela UFMG. Advogado.

Como se nota, a ANATEL desconsidera a existência de contratos de compra e venda entre a operadora e o intermediário, declarando que só aquela pode comercializar os cartões indutivos, ainda que “*por meio de postos de venda (...) de terceiros por ela selecionados*”.

Duvidamos da validade da regra, que amputa a liberdade contratual sem observância ao princípio da legalidade. Registramos ainda que se dirige só aos cartões indutivos utilizáveis nos Terminais de Uso Público (orelhões), e não a todos os créditos de telefonia pré-paga.

Entretanto, a ser tida por válida, a norma em tela inviabiliza – para as situações em que se aplica – o primeiro esquema negocial aludido no item anterior (revenda), impondo às operadoras, como única alternativa lícita à venda direta de créditos de telefonia a seus clientes, a contratação de prestadores de serviço de distribuição, com todos os agravamentos tributários daí advindos.

Feita a ressalva, retomemos o fio do novelo tributário, analisando sob esse prisma as duas formas contratuais enunciadas, como se a vedação em tela não existisse.

Começemos pelo ICMS.

3. O ICMS.

Segundo a Lei Complementar nº 87/96:

a) o fato gerador do ICMS-comunicação ocorre no momento da entrega dos cartões ou assemelhados ao usuário final, não nas etapas anteriores de circulação daqueles (art. 12, § 1º);

b) os cartões e assemelhados são *meios de pagamento dos serviços* (arts. 11, III, *b* e 12, § 1º);

c) a base de cálculo do imposto é o preço do serviço, isto é, o valor de face dos cartões e assemelhados a ser cobrado do consumidor final, e não o valor da operação intermediária praticada pela operadora que os conduz às mãos daquele (art. 13, III);

d) o fato gerador reputa-se acontecido (e o imposto deve ser pago) no local do estabelecimento da operadora que forneça os cartões ou assemelhados (art. 11, III, *b*);

e) contribuinte do imposto é a operadora de telefonia, e não o intermediário dos cartões e assemelhados, qualquer que seja a forma de contratação adotada – revenda ou distribuição (art. 4º).

É bem verdade que a Constituição define como fato gerador do ICMS “as prestações de serviços (...) de comunicação” (art. 155, II). Diante disso, parte da doutrina tem suscitado a inconstitucionalidade do art. 12, § 1º, da Lei Complementar nº 87/96, que erige em fato gerador a entrega ao consumidor dos cartões e assemelhados, mero ato preparatório de comunicação que pode vir a realizar-se ou não (pense-se no cartão que se deteriora nas mãos do consumidor ou cujos créditos não são por este esgotados antes dos seis meses de sua validade).

A alternativa a ser adotada, em caso de declaração de inconstitucionalidade da regra em apreço, seria o controle da utilização gradual dos créditos constantes dos cartões e assemelhados, o que importaria em desafio técnico nada desprezível, seja para as operadoras, seja para os Fiscos estaduais.

Tanto isso é fato que a solução criticada no Brasil é adotada, com o aplauso das operadoras, pela maior parte dos Estados norte-americanos¹. Assim, mesmo sem nos deslembrarmos da possibilidade de questionamento da regra em apreço, admitiremos a sua constitucionalidade como premissa de nossa análise.

Voltado a expressar a visão comum dos Estados sobre o tema (com fulcro no art. 100, IV, do CTN), o Convênio ICMS nº 126/98 antecipou ainda mais o fato gerador do ICMS nos casos em que haja entrega – por venda ou consignação – dos créditos de telefonia a intermediário, que os mantenha em sua posse até o repasse ao consumidor. Nesse caso, o imposto será exigido quando da entrega do cartão ou assemelhado ao *dealer* (cláusula 7ª, inciso I), e não ao consumidor final, como predica a já discutível regra da Lei Complementar nº 87/96.

Nítido o descompasso entre o ditado da lei complementar (que define a entrega ao usuário final como fato gerador do ICMS) e a regra convencional em tela (que precipita a incidência para a entrega ao intermediário).

¹ É o que informa ANDRÉ MOREIRA, em livro sobre a tributação das telecomunicações pelo ICMS, no prelo da Editora Dialética.

Disso não decorre, contudo, a nosso aviso, a invalidade desta última. Com efeito, tendo-se já admitido que o imposto seja recolhido com base no valor de face do cartão ou assemelhado, independentemente do fato ou da extensão de seu uso pelo consumidor final, nenhum agravamento maior parece-nos decorrer para as operadoras da desconsideração da figura do intermediário.

Ao contrário, a regra tem permitido mesmo uma alternativa de elisão tributária, de que cuidaremos mais à frente.

Registre-se por último a edição do Convênio ICMS nº 55/2005 (com vigência adiada para 01.01.2006 pelo Convênio ICMS nº 88/2005), a congregar todas as unidades federadas, à exceção de Alagoas e do Distrito Federal. A teor do novo convênio:

- os créditos para utilização em terminais de uso público continuarão a ter o mesmo tratamento de hoje: tributação no fornecimento do cartão ao usuário ou ao *dealer*, com pagamento do ICMS em favor do Estado em que se deu a entrega (cláusula 1ª, inciso I);

- já quanto aos créditos utilizáveis em terminais de uso privado a alteração é significativa, seja para as companhias telefônicas, seja para os Estados.

Para as primeiras porque passam a dever o ICMS apenas quando da ativação dos créditos no aparelho do usuário (e não mais quando da entrega destes ao intermediário). A nova regra, adiando a exigência do ICMS para momento mais próximo da comunicação propriamente dita (a ativação), embora contrária à lei complementar, melhor realiza o querer constitucional de tributação das telecomunicações, e não dos atos preparatórios a elas.

Para os Estados, porque transfere para a unidade em que o aparelho esteja habilitado a competência para exigir o imposto, o que modifica a sistemática hoje em vigor e contraria o art. 11, III, *b*, da Lei Complementar nº 87/96, que fixa como local da prestação, *“para os efeitos da cobrança do imposto”, “o do estabelecimento da concessionária ou permissionária que forneça ficha, cartão, ou assemelhados com que o serviço é pago”*.

Contudo, à parte a complexificação das obrigações acessórias que a regra decerto acarretará, não vemos em princípio razões para que as operadoras a questionem. Interessadas em impugná-la serão talvez aquelas que concentram

a distribuição de cartões em Estados que sinalizam com vantagens fiscais de qualquer ordem (dilação do pagamento, p.ex.). O favorecimento a tais esquemas de *tax planning* parece-nos, inclusive, ser a causa pela qual as Alagoas e o Distrito Federal não aderiram ao Convênio ICMS nº 55/2005.

Após a entrada em vigor deste, o esquema elisivo em análise ficará sujeito a sério entrave: figure-se um cartão distribuído por Alagoas e ativado em São Paulo. O primeiro Estado pretenderá o ICMS correspondente aos serviços de comunicação nele incorporados, por ser esta a regra do convênio que o vincula (nº 126/98). O segundo, partícipe do Convênio ICMS nº 55/2005, exigirá também o imposto da operadora, por ser aquele em que se deu a ativação.

Se estivéssemos no seio da sociedade internacional, tratando com Estados soberanos, a hipótese de dupla tributação por diversidade de elementos de conexão não harmonizados pela via convencional (*in casu*, pela existência de convênio válido para ambas as partes) ficaria irremediavelmente configurada.

Não é o que se passa, contudo. Dando-se no âmbito de uma ordem jurídica nacional, o conflito deve encontrar nestes critérios para a sua solução. E esses critérios, salvo a sua invalidação por iniciativa dos Estados, são os da Lei Complementar nº 87/96, que define como local da prestação, para a cobrança do imposto, “o do estabelecimento da concessionária ou da permissionária que forneça ficha, cartão, ou assemelhados com que o serviço é pago” (art. 11, III, b).

Assim, a menos que sobrevenha alguma proibição regulatória válida, temos que as empresas podem continuar a centralizar em um estabelecimento a emissão de cartões telefônicos e assemelhados, ainda que para comercialização e utilização em outros Estados.

Haverá, é certo, um descasamento entre o momento da ocorrência do fato gerador (o fornecimento ao usuário final, nos termos da Lei Complementar, ou a ativação, na forma do Convênio ICMS nº 55/2005) e o local em que este será reputado ocorrido, e onde o imposto será devido (o do estabelecimento emissor dos cartões, talvez situado alhures).

Isso não constitui, contudo, novidade nenhuma no Direito Tributário brasileiro, sendo ao contrário a regra geral em matéria de ISS: o fato gerador dá-

se num Município (onde o serviço é efetivamente prestado), e o imposto é devido em outro (onde se situa o estabelecimento do prestador).

Só se surpreenderá quem não tiver visão sistemática do Direito.

Por tudo quanto dito, parece evidente que a viabilidade do esquema elisivo após a entrada em vigor do novo convênio dependerá de iniciativa judicial das empresas interessadas.

Como observação final, lembramos que nenhuma das sistemáticas que vimos de referir se desvincula da regra do art. 13, III, da Lei Complementar nº 87/96, segundo o qual a base de cálculo do ICMS é o preço do serviço de telecomunicação, assim entendido o valor de face dos cartões ou assemelhados.

4. O PIS, a COFINS o FUST e o FUNTTEL.

Ex vi das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, as receitas de serviços de telecomunicação continuam sujeitas ao PIS e à COFINS cumulativos, regidos pela Lei nº 9.718/98 e incidentes sobre a receita bruta do contribuinte (ou sobre o seu faturamento, na provável hipótese de invalidação pelo STF do alargamento da base de cálculo das contribuições). Dentre as várias exclusões da base de cálculo, importa aqui ressaltar aquela do art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/98, que alude aos descontos incondicionais.

Na forma da Lei nº 9.998/2000, a contribuição para o FUST equivale a 1% sobre a receita operacional bruta decorrente da prestação de serviços de telecomunicações, excluídos o ICMS, o PIS e a COFINS.

A contribuição para o FUNTTEL, nos termos da Lei nº 10.052/2000, é de 0,5% sobre a receita bruta das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, excluídas as vendas canceladas, os descontos concedidos, o ICMS, o PIS e a COFINS.

O que importa perquirir é se a remuneração paga pelas operadoras aos intermediários dos créditos telefônicos:

- a)** integra a receita bruta (ou o faturamento) das companhias telefônicas; e

b) em caso afirmativo, se aquela remuneração se enquadra em alguma das hipóteses de dedução previstas pelas leis instituidoras do PIS, da COFINS, do FUST e do FUNTTEL.

As questões serão analisadas em separado para cada uma das duas categorias de contratação sistematizadas acima (revenda e contratação de serviço de distribuição).

4.1. A venda para revenda.

Mesmo não sendo mercadorias, mas títulos hábeis ao pagamento de serviços, os créditos de telefonia podem ser objeto de circulação (comercialização, sem ICMS-mercadoria), com ou sem deságio relativamente ao seu valor de face.

Com efeito, o contrato de compra e venda, seja civil ou comercial, não tem por objeto somente mercadorias, podendo referir-se a outras espécies de bens e também a direitos.

Também a Receita Federal entende que os créditos de telefonia são passíveis de comercialização, como registraram a Superintendência Regional da 7ª (Solução de Consulta nº 35/2000) e da 8ª Região Fiscal (Solução de Consulta nº 26/2001) e a Delegacia de Julgamento de Santarém (Acórdão nº 2.837/2004).

Praticando típico ato de comércio, é natural que o revendedor cobre de seu cliente preço superior àquele que pagou pela coisa negociada. Tratando-se de título com valor de face determinado pelo emitente, a remuneração daquele dá-se por meio de deságio concedido por este último.

Tal desconto, margem de lucro bruta do revendedor, integra a receita deste, mas – desde que seja incondicional – não compõe a da operadora. Com efeito, não constitui contrapartida dos negócios jurídicos realizados por esta, mas, sim, daqueles praticados pelo intermediário.

Deveras, não existe vínculo negocial entre a operadora e o usuário (que paga o preço cheio do crédito de telefonia). Liame jurídico verifica-se apenas entre a companhia e o intermediário, não podendo a receita da primeira ir além do valor que este último lhe credita.

Pensamos, em conclusão, ser lícita a dedução – para apuração da base de cálculo do PIS, da COFINS, do FUST e do FUNTTEL das operadoras – dos descontos incondicionais concedidos aos revendedores sobre o valor de face dos créditos de telefonia (cartões e assemelhados).

4.2. Contratação de serviço de distribuição ou agência.

Aqui, o valor do desconto dado ao revendedor integra a receita (ou o faturamento) da operadora, por travar-se o liame contratual relativo à venda dos créditos de telefonia diretamente entre esta e o usuário, servindo o atravessador apenas como veículo para a entrega dos créditos e o recebimento do preço.

Pouco importa, no particular, se referido preço é transferido para a operadora já reduzido da remuneração do intermediário, o que decorre de mero encontro de contas que não afasta o dever de contabilização pelo bruto próprio dos tributos cumulativos (PIS e COFINS) ou monofásicos (FUST e FUNTTEL) sobre a receita ou o faturamento.

A medida visa apenas a evitar a dupla circulação dos valores correspondentes à paga do agente (deste para a operadora, incluído no preço recebido do consumidor; e da companhia para o primeiro, sob a forma de contraprestação pelo serviço prestado), com todos os custos bancários e tributários envolvidos.

Claro, ainda, que a remuneração do intermediário não atende a qualquer das hipóteses de exclusão (para efeito de apuração da receita) previstas nas leis disciplinadoras das contribuições em tela. A única categoria em princípio invocável seria a do desconto concedido (referida nas leis do PIS, da COFINS e do FUNTTEL). O exame acurado, porém, afasta a possibilidade, pois quem remunera a operadora é o consumidor (que paga o preço cheio dos créditos), e não o agente (que apenas leva os recursos de um para o outro pólo da relação obrigacional), donde não se poder falar em desconto concedido a este último.

Devidas, portanto, as contribuições sobre o valor de face dos cartões e assemelhados, ainda que os valores efetivamente ingressados nos cofres das operadoras sejam inferiores àquele.

5. O ISS.

Do exposto até agora resulta claro que de ISS só se pode cogitar em caso de contratação de serviço de agência ou distribuição (e não no de revenda, por não haver qualquer serviço envolvido).

A incidência do imposto municipal sobre a intermediação, a que em princípio corresponde a atividade do agente econômico em tela, rege-se pelo item 10 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003. A hipótese em discussão está contemplada no item 10.09, que cuida de *“representação de qualquer natureza, inclusive comercial”*.

Segundo registra ORLANDO GOMES², *“por esse negócio jurídico, uma das partes obriga-se, contra retribuição, a promover habitualmente a realização por conta da outra, em determinada zona, de operações mercantis, agenciando pedidos para esta. Entram em sua composição os seguintes elementos: 1 – a obrigação do agente de promover a conclusão de contratos por conta do preponente; 2 – habitualidade do serviço; 3 – delimitação da zona onde deve ser prestado; 4 – direito do agente à retribuição do serviço que presta; 5 – exclusividade e independência de ação. O traço marcante é a autonomia na prestação de serviço”*.

Nítida, assim, a incidência do ISS.

6. A contribuição social sobre folha de pagamentos (retenção de 11% para o INSS).

O art. 23 da Lei nº 9.711/98, alterando o art. 31 da Lei nº 8.212/91, mudou a forma de recolhimento da contribuição sobre a folha de pagamentos das empresas prestadoras de serviços mediante cessão de mão-de-obra, revogando a responsabilidade solidária então existente entre a empresa cedente e cessionária e obrigando esta última a reter e recolher, em nome da primeira, 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

Tal valor poderá ser compensado pela empresa cedente de mão-de-obra com a sua contribuição sobre a folha de pagamentos, com possibilidade de restituição do saldo, se o valor retido for superior ao devido.

Tratando a lei de uma específica modalidade de prestação de serviço (mediante cessão de mão-de-obra), resulta evidente que somente na hipótese de

contratação de serviço de agência ou distribuição se pode cogitar, em tese, do dever de retenção, que fica afastado de plano para os casos em que se verifica verdadeira compra e venda entre as operadoras e os intermediários.

Para a caracterização da cessão de mão-de-obra é imprescindível a existência de dois requisitos:

- a colocação de segurados à disposição do contratante; e
- a realização, por estes, de serviços contínuos.

Colocação de empregados à disposição do tomador significa que este definirá todas as condições de execução diretamente com os segurados, e não com o contratado cedente.

Não é o que se passa entre as operadoras e os distribuidores, cuja autonomia foi ressaltada por ORLANDO GOMES no trecho acima citado.

Demais disso, tem-se que os empregados dos agentes não laboram nas dependências das operadoras ou nas de terceiros, mas nos próprios estabelecimentos de seus empregadores, ficando afastado mais um requisito essencial para a caracterização da cessão.

Clara, assim, a inexistência do dever de retenção.

7. Considerações finais.

Como não poderia deixar de ser, formas negociais diversas atraem regimes tributários diferenciados, que precisam ser bem conhecidos pelos Fiscos e pelas companhias telefônicas, de maneira a evitar riscos para estas e perdas de receitas para aqueles.

À guisa de conclusão, registramos que a atuação normativa exorbitante do Executivo – por meio da ANATEL e do CONFAZ, *v.g.* – agrava o déficit de segurança jurídica na tributação das telecomunicações. Testemunho do pouco apreço que se tem no Brasil, especialmente em tempos recentes, pelo princípio da legalidade, tal prática está a merecer a censura dos doutrinadores e dos juízes.

² *Contratos*, 13 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 365-366.