

## Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.651 – Convênio ICMS n. 55/2005. ICMS sobre a Prestação do Serviço Pré-pago de Telecomunicação. Ingresso do Estado de São Paulo na Condição de *Amicus Curiae*

Excelentíssimo Senhor Ministro, Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.651 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

O Governador do Estado de São Paulo, neste ato representado pelo Excelentíssimo Senhor Procurador Geral do Estado, abaixo subscrito, estabelecido na Rua Pamplona, 227, 7º andar, Centro, São Paulo, Capital, CEP 01405-000, nos autos da ação direta de inconstitucionalidade, em destaque, em que é requerente o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Alagoas, e requerido o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), com respeito e merecido acatamento, requer a Vossa Excelência sua admissão na condição da *amicus curiae*, nos termos permissivos do artigo 7º, parágrafo 2º da Lei n. 9.868/99 (LADI), pelas razões que passa a expor:

### **I. Admissibilidade da intervenção do Governador do Estado de São Paulo na condição de *amicus curiae***

O artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.868/99<sup>1</sup> admite a possibilidade de ingresso formal de terceiros no processo de controle normativo abstrato, desde que estejam presentes os requisitos da *relevância da matéria e representatividade dos postulantes*, ou seja, introduziu no ordenamento positivo pátrio a figura do *amicus curiae*, “permitindo, em consequência, que terceiros, investidos de

1 “Artigo 7º - Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. (...) § 2º - O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional”<sup>2</sup>, conferindo um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade.

O Ministro Celso de Mello deixou assente, ao relatar a MC ADI n. 2.130-3/SC “que a intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio”.

Pois bem, a intervenção do Governador do Estado de São Paulo nesta ação atende esses objetivos e preenchem os suportes fáticos constantes do artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.868/99, devendo-lhe ser reconhecida sua condição de *amicus curiae*, pois:

- a *relevância da matéria* posta nesta ação sob o crivo desta Corte Constitucional é inconteste, uma vez que seus efeitos afetarão a legislação de todos os Estados da Federação, exceção feita aos Estados de Alagoas e do Distrito Federal, únicos que não o assinaram.

- a *representatividade do postulante* não carece de maiores digressões, primeiro porque é um dos co-legitimados pelos artigos 103 da Constituição Federal e 2º da LADIn para promover ações diretas de inconstitucionalidade<sup>3</sup> e, segundo, porque sendo um dos signatários do Convênio n. 55/2005 (razão do interesse jurídico a justificar a sua participação no debate), tem amplo conhecimento acerca do assunto, podendo trazer à Egrégia Corte subsídios relevantes e esclarecedores sobre o tema tratado, possibilitando, nas palavras do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, “pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia”<sup>4</sup>, além de viabilizar a participação no processo de interessados e afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade.

Dessa maneira, encontram-se presentes as condições legais que autorizam a excepcional intervenção do ora requerente, na qualidade de *amicus curiae* e que, ademais, encontra suporte no próprio entendimento pacífico desse Egrégio Supremo Tribunal Federal, que autorizou a intervenção, nessa qualidade, da Associação Paulista dos Magistrados (APAMAGIS) na ADI n. 2.238-5/DF, (Rel.

2 MC ADI n. 2.130-3/SC, Rel. Min. Celso Mello, j. 20.12.2000, DJU, de 2.2.2001, p. 145.

3 A possibilidade de haver intervenção de qualquer dos co-legitimados da CF 103 ou da LADIn 2º, na qualidade assemelhada à do ‘assistente litisconsorcial’ (CPC 54), na ADIn ajuizada por co-egitimado é medida de rigor. Quem pode o mais (mover a ADIn) pode, por óbvio, o menos (intervir em ADIn movida por outrem (...).” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 1.949, nota 3 ao art. 7º da LADIn).

4 STF – MC ADI n. 2.130-3/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.12.2000, DJU, de 02.02.2001, p. 145.

Min. Ilmar Galvão), da Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores do Judiciário Federal e do Ministério Público da União (FENAJUFE) na MC ADI n. 2.321/DF (Rel. Min. Celso de Mello) e da Associação dos Magistrados Catarinenses (AMC) na MC ADI n. 2.130/SC (Rel. Min. Celso de Mello), da qual permito-me, mais uma vez extrair a brilhante passagem:

“A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.

Em suma: a regra inscrita no artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.”

Diante do supra exposto, estando presentes todas as condições para que seja admitida minha intervenção, na qualidade de *amicus curiae*, nos termos do artigo 7º, parágrafo 2º da Lei n. 9.868/99 (LADI), apresento, desde logo, as considerações que entendo pertinentes, relevantes e esclarecedoras acerca da *quaestio juris* em exame nesta ação de fiscalização concentrada de constitucionalidade, com o intuito de cumprir com dignidade o exercício da função que ora pleiteio a esse Excelso Tribunal.

## II. Introdução

A ação direta de inconstitucionalidade versada nestes autos foi proposta contra o Convênio ICMS n. 55/2005, alterado pelo Convênio n. 88/2005, e encontra-se sustentada na incompatibilidade desse ato do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) com os artigos 150, I, 146, III, “a” e 155, parágrafo 2º, XII, “d”, da Suprema Carta.

A sustentação jurídica da peça inaugural, *venia maxima* aos excelentíssimos signatários, não pode prosperar, pois leva a um raciocínio jurídico absurdo, qual seja, que a capacidade para tributar o serviço de telecomunicação pré-paga não é do Estado da empresa prestadora do serviço, mas do Estado da empresa fornecedora de cartões, fichas e assemelhados, alterando a regra matriz posta na Constituição da República de que o ICMS-COMUNICAÇÃO incide sobre a *prestação* do serviço.

Em outras palavras, ao se atacar o Convênio ICMS n. 55/2005, a real pretensão é assegurar ao Estado de Alagoas, em mais um inaceitável lance da chamada *guerra fiscal*, a apropriação de tributo inquestionavelmente pertencente aos

demais Estados da Federação, estimulando a criação de estabelecimentos filiais, naquele Estado, de operadoras telefônicas que atuam em outros Estados, por meio da concessão de ilegais e imorais incentivos fiscais, como se isso fosse suficiente para alterar o local da prestação dos serviços de comunicação, partindo de uma sofismática interpretação da Lei Complementar n. 87/96.

Segundo esse inacreditável raciocínio, é irrelevante que alguém tenha adquirido um celular pré-pago com prefixo de uma cidade de São Paulo, do Rio Grande do Sul, da Bahia, de Minas Gerais etc. e que, conseqüentemente, o serviço de comunicação seja prestado nesses locais, pois basta haver um estabelecimento no Estado de Alagoas para que o imposto seja devido àquele Estado.

Levando-se esse raciocínio ao extremo, chega-se à conclusão de que, em tese, é possível que toda a tributação pelo ICMS da telefonia celular pré-paga, no Brasil, seja devida a um único Estado (por exemplo, Alagoas), independentemente do local onde o serviço seja prestado.

Não bastasse isto, o autor apega-se a decisões dessa Excelsa Corte proferidas em face de Convênios emitidos pelo CONFAZ que não guardam qualquer semelhança com o Convênio n. 55/2005, pretendendo convencer que esse ato normativo é “autônomo” e, por conseguinte, passível do controle direto de constitucionalidade.

Tais inconsistências passam agora a ser abordadas de maneira clara e objetiva, como se espera da atuação do *amicus curiae*, e espera-se que tragam subsídios valiosos para o exame da matéria constitucional posta sob exame, de maneira que reste consagrada a supremacia do texto constitucional, e não interesses escusos de Estados que objetivam retirar do imposto nacional vantagem indevida.

### **III. Prejudicialidade da ação direta. Falta de interesse de agir. O Convênio n. 55/2005 não é ato normativo autônomo**

O digníssimo autor quer convencer que há interesse de agir para a propositura desta ação constitucional, com suporte em jurisprudência assente nessa Egrégia Corte, no sentido de que convênios celebrados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) são passíveis de controle concentrado de constitucionalidade.

Não obstante, a ilação extraída desses julgados, é *inaplicável* ao Convênio ICMS n. 55/2005, tendo em vista que a *natureza jurídica* deste não é a mesma dos convênios tratados nas decisões mencionadas na exordial.

Com efeito, os Convênios ICMS, cujo controle concentrado de constitucionalidade foi admitido pelo Supremo Tribunal Federal, “integram o processo

legislativo nacional”<sup>5</sup> em matéria de concessão e revogação, pelos Estados e Distrito Federal de isenções<sup>6</sup>, de incentivos e benefícios fiscais atinentes ao ICMS. Estão previstos no artigo 155, XII, “g” da Lei Maior e disciplinados pela Lei Complementar n. 24/75.

Observe-se por relevante que os convênios assim celebrados, uma vez ratificados, constituem-se em *atos normativos primários*<sup>7</sup>, que valerão internamente para os seus signatários, *criando* (ato revogatório de benefícios fiscais) e *extinguindo* (ato concessivo de benefícios fiscais) *obrigações tributárias principais*. Constituem, assim, partes integrantes do *sistema constitucional tributário* e submetem-se aos seus princípios e normas. Daí porque podem ser, à luz do entendimento dessa Egrégia Corte, objeto da ação direta de inconstitucionalidade.

Porém, essa não é a realidade do Convênio n. 55/2005. Ele não foi celebrado com suporte na Lei Complementar n. 24/75. *Não cria nem extingue obrigação tributária principal*. Ao revés, referido convênio *encontra fundamento de validade nos artigos 37, XXII, da Constituição Federal*<sup>8</sup> e nos 100, IV<sup>9</sup> e 199<sup>10</sup> do Código Tributário Nacional, e se destina a estabelecer procedimentos que viabilizem a fiscalização das prestações *pré-pagas* de serviços de telefonia fixa, telefonia móvel celular e de telefonia com base em voz sobre protocolo internet, disponibilizados

5 CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 10. ed. São Paulo: Malheiros.

6 Conforme José Souto Maior Borges, o direito de tributar e o de isentar são verso e reverso da mesma medalha (*Isenções tributária*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. p. 2). Assim, quem possui a capacidade de tributar tem, por consequência, a capacidade para isentar. Contudo, no caso do ICMS, o exercício da capacidade de isentar não é feito de maneira unilateral, eis que está atrelado constitucionalmente à autorização dos demais Estados federados, por meio de convênio. Essa condição objetiva impedir a chamada “guerra fiscal”.

7 “O convênio é materialmente ato normativo” (BORGES, Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 173).

8 “XXII - As administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio” (acrescido ao art. 37 pela EC n. 42/2003).

9 “São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas; II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa; III - práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas; IV – os convênios que entre si celebram a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.” (g.n.).

10 “A Fazenda Pública da União e a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou Convênio.”

por fichas, cartões ou assemelhados. Relevante a transcrição das considerações postas por José Jayme de Oliveira Macedo Oliveira sobre o tema:

“Artigo 100, IV - Os convênios de que trata este dispositivo são aqueles que se prestam a regular matérias tributárias acessórias (fiscalização, informações mútuas etc.), conforme a previsão do artigo 199 deste Código. No que respeitem a aspectos inerentes aos tributos, com reflexo no comportamento dos contribuintes, assumem a *facies* de normas complementares das leis.

Tem valimento ressaltar que os convênios aqui versados nada têm a ver com os previstos na Constituição como veículo para concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do ICMS (art. 155, § 2º, XII, 'g'), pois estes, por seus conteúdos e fins, equiparam-se às leis, segundo, inclusive, faz ver o artigo 150, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, em sua parte final.”

Assim, as normas pactuadas pelo Convênio n. 55/2005 são fontes secundárias do direito tributário, *in verbis* (na parte preambular estão consignados os fundamentos legais de validade desse pacto federativo):

## CONVÊNIO ICMS N. 55/2005

*Dispõe sobre os procedimentos para a prestação pré-paga de serviços de telefonia.*

O Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), na sua 118ª reunião ordinária, realizada em São Paulo, SP, no dia 1º de julho de 2005, tendo em vista o disposto no parágrafo 1º do artigo 12 e na alínea “b” do inciso III do artigo 11 da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, e nos termos do artigo 199 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966), resolve celebrar o seguinte CONVÊNIO

**Cláusula primeira** - Relativamente às modalidades pré-pagas de prestações de serviços de telefonia fixa, telefonia móvel celular e de telefonia com base em voz sobre Protocolo Internet (VoIP), disponibilizados por fichas, cartões ou assemelhados, mesmo que por meio eletrônico, será emitida Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação – Modelo 22 (NFST), com destaque do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente, na hipótese de disponibilização:

I - para utilização exclusivamente em terminais de uso público em geral, por ocasião de seu fornecimento a usuário ou a terceiro intermediário para fornecimento a usuário, cabendo o imposto à unidade federada onde se der o fornecimento;

II - de créditos passíveis de utilização em terminais de uso particular, por ocasião da sua disponibilização, cabendo o imposto à unidade federada onde o terminal estiver habilitado.

Parágrafo único - Para fins do disposto no inciso II, a disponibilização dos créditos ocorre no momento de seu reconhecimento ou ativação pela empresa de telecomunicações, que possibilite o seu consumo no terminal.

**Cláusula segunda** - Nas operações interestaduais entre os estabelecimentos de empresas de telecomunicação com fichas, cartões ou assemelhados será emitida Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, com destaque do valor do ICMS devido, calculado com base no valor de aquisição mais recente do meio físico.

**Cláusula terceira** - Poderá a unidade federada exigir relatórios analíticos de receitas e sua respectiva documentação probatória, nas transações com créditos pré-pagos.

**Cláusula quarta** - Fica revogada a cláusula sétima do Convênio ICMS n. 126/98, de 11 de dezembro de 1998.

**Cláusula quinta** - As disposições contidas neste convênio não se aplicam ao Estado de Alagoas e ao Distrito Federal. (redação dada pelo Convênio ICMS n. 88/2005)

**Cláusula sexta** - Este convênio entra em vigor na data da sua publicação no *Diário Oficial da União*, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2006. (redação dada pelo Convênio ICMS n. 88/2005). (g.n.)

O Convênio em destaque foi firmado por todos os Estados Federados (exceção para o Estado autor desta ação constitucional e do Distrito Federal, cujas razões de discordância serão aventadas adiante) para o aperfeiçoamento e o maior controle fiscal das prestações de serviços de telefonia na modalidade *pré-paga*, que atualmente alcança mais de 80% dos aparelhos de telefonia *móvel* do país, segundo dados da ANATEL, chegando esse percentual, em algumas operadoras, a 85%<sup>11</sup>, e com forte tendência de crescimento na telefonia *fixa*, porque permite o acesso de classes de menor renda da população aos serviços de telecomunicação.

Os avanços tecnológicos possibilitam que essa modalidade *pré-paga* de prestação de serviço de telecomunicação seja feita mediante as chamadas recargas virtuais ou créditos pré-pagos virtuais, em substituição aos cartões físicos indutivos, permitindo a recarga de créditos através da internet, caixas eletrônicas de bancos, agências lotéricas ou diretamente pelo terminal telefônico. *Essa nova realidade tornou difícil, senão impossível, os controles fiscais pelos Fiscos dos Estados, motivando as medidas regulamentares postas no referido Convênio.*

Com efeito, antes da edição do Convênio n. 55/2005, havia a dissociação entre a emissão da nota fiscal e a efetiva prestação do serviço, fato que inviabilizava o controle fiscal dessas prestações pelos Fiscos Estaduais, que estavam subjulgados quase que exclusivamente aos relatórios gerenciais emitidos pelas próprias operadoras de telefonia.

Essa situação mudou com o Convênio ICMS n. 55/2005. Ele possibilitou que os Estados signatários obtivessem o controle e a fiscalização efetiva das prestações pré-pagas de telefonia, ao prever a emissão da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação no momento da disponibilização de créditos no terminal

11 Disponível em: <[www.anatel.gov.br/comunicacao/movel/dados\\_relevantes](http://www.anatel.gov.br/comunicacao/movel/dados_relevantes)>.

identificável (como ocorre no caso do uso de telefones celulares e telefones fixos), permitindo a perfeita identificação do prestador do serviço, do usuário, do valor da recarga e do momento da sua ocorrência.

Tem-se, assim, que o citado convênio, celebrado nos termos do artigo 199 do Código Tributário Nacional, não regra qualquer aspecto da obrigação tributária principal, não legisla, nem poderia, sobre o local da prestação<sup>12</sup>. É apenas um pacto federativo disciplinador de *obrigações acessórias*, com o escopo de possibilitar a perfeita fiscalização da prestação desses serviços que até há pouco tempo eram prestados pela Telebrás e basicamente pela modalidade de telefonia fixa e móvel *pós-paga*.

O fundamento de validade material do mencionado *pacto federativo – de natureza regulamentar* – encontra-se na *Lei Complementar n. 87/96* (onde estão definidos: fato gerador, base de cálculo, contribuinte e local da prestação de serviços do ICMS-COMUNICAÇÃO), e na *lei ordinária* instituidora do ICMS-COMUNICAÇÃO de cada Ente Federado signatário (as normas do convênio ratificado integram o direito interno de cada Estado e com ele devem se conformar).

Portanto, o Convênio ICMS n. 55/2005 é forma *secundária do direito tributário*, pois não cria, não aumenta e não diminui direitos e obrigações, antes conforma-se ao estabelecido no ato constitutivo (lei) de que deriva. Gravita em torno da lei (*stricto sensu*), que lhe é superior e precedente.<sup>13</sup>

Essa é a razão pela qual o seu controle de validade só pode operar no âmbito da legalidade, com o confronto do seu conteúdo com o da lei complementar e das leis ordinárias que lhe dão sustentação jurídica, pois: “Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, ou se afasta dos limites que esta lhe traça, comete ilegalidade e não inconstitucionalidade, pelo que não se sujeita, quer no controle concentrado, quer no controle difuso, à jurisdição constitucional” (STF – RE ns. 189.550/SP e 154.027-SP).

Posto isso, está instaurada uma situação de *prejudicialidade*, ante a inexistência do interesse de agir, pois o Convênio ICMS n. 55/2005 não integra o sistema geral de normas *in abstracto*, não é ato geral, autônomo e impessoal que possa ser objeto da ação de controle concentrado de constitucionalidade<sup>14</sup>,

12 O local da prestação se encontra devidamente disciplinado pela *Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996 (norma geral de direito tributário)* que, de forma plena, regulamentou o disposto no artigo 155, parágrafo 2º, XII, incisos “a” a “i”, estabelecendo em seu artigo 11, inciso III, o local da prestação, para os efeitos da cobrança, em se tratando de prestação onerosa de serviço de comunicação, definindo, assim, o elemento espacial do fato gerador do ICMS.

13 OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. *Código Tributário Nacional: comentários, doutrina, jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 246.

14 “A noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade, pressupõe, além da *autonomia jurídica* da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. Esses elementos – abstração, generalidade,

sendo bem de ver que a questão versada nos presentes autos envolve questão de *legalidade e não de inconstitucionalidade*.

#### **IV - Inexistência das alegadas inconstitucionalidades do Convênio ICMS n. 55/2005 celebrado pelo CONFAZ**

O Governador do Estado de Alagoas apregoa que o Convênio ICMS n. 55/2005 teria *instituído imposto* a favor dos entes federados sem lei em sentido formal (*ofensa ao art. 150, I, da CF*) e *usurpado da atribuição constitucional da lei complementar*, ao disciplinar sobre normas gerais e local da operação (*ofensa aos arts. 146, III, “a” e 155, § 2º, XII, “d”*), porque teria determinado “que em relação às modalidades pré-pagas de prestação de serviços de telefonia em seu texto elencadas será devido o imposto à unidade federada no qual o terminal estiver habilitado”.<sup>15</sup>

Isso não é verdade. A previsão do sujeito ativo e do local da operação, assim como dos demais elementos que configuram a hipótese de incidência tributária do ICMS-COMUNICAÇÃO, encontra-se claramente posta na Lei Complementar n. 87/96. As referências do convênio acerca da destinação do tributo são *meramente didáticas*<sup>16</sup>, não regram, apenas explicitam a quem ele pertence, nos termos do diploma complementar aqui citado, do qual deriva (não poderia ser diferente, uma vez que esse pacto federativo foi celebrado para regular matéria tributária acessória – fiscalização).

O Convênio ICMS n. 55/2005 cuida apenas *da emissão da nota fiscal em hipóteses de telefonia pré-paga*. Não inova o direito, não cuida, repita-se, de nenhum aspecto da obrigação principal, não cria nem extingue tributo, suas regras se destinam a instrumentar o cumprimento das obrigações fiscais do ICMS-COMUNICAÇÃO (conforme permissão do art. 37, XXII, da CF) – matéria que não está sujeita à reserva da lei –, em conformidade com o que disciplina a Lei Complementar n. 87/96, norma mestra do mencionado imposto.

Inconstitucionalidades, portanto, não se encontram em seu texto que, ademais, encontra-se em perfeita adequação com Lei Complementar

---

autonomia e impessoalidade – qualificam-se como requisitos essenciais que conferem, ao ato estatal, a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou de condutas individuais.” (STF – MC ADI n. 2.321/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.10.2000, DJU, de 10.06.2005, g.n.).

15 Petição inicial, fls. 2.

16 A supressão das expressões postas na parte final dos incisos I (“cabendo o imposto à unidade federada onde se der o fornecimento”) e II (“cabendo o imposto à unidade federada onde o terminal estiver habilitado”) da cláusula primeira do Convênio ICMS n. 55/2005 *não afeta seus conteúdos*. A inclusão no texto se deu apenas a título de esclarecimento.

n. 87/96, cuja interpretação, relativamente ao ICMS-COMUNICAÇÃO, não tem o alcance que a peça inicial pretende lhe emprestar, porque imporia verdadeiro fosso entre o arquétipo constitucional e a realidade tecnológica da comunicação.

Ademais, o ICMS-COMUNICAÇÃO é uma nova modalidade de fato gerador do ICMS – prestação de serviço – introduzido pela Carta de 1998, que não tem qualquer similaridade com o ICMS incidente sobre a circulação de mercadoria. Assim, as definições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o último não podem servir para nortear a interpretação das regras do primeiro, já que cada qual possui regimes jurídicos próprios com características distintos.<sup>17</sup>

#### **IV. 1 - O ICMS sobre a prestação do serviço pré-pago de telecomunicação**

A Carta da República, no seu artigo 155, I, “b”, estabeleceu a competência dos Estados e do Distrito Federal para tributar por ICMS as *prestações de serviços de comunicação* (o *arquétipo constitucional* não autoriza a tributação da comunicação pura e simples, mas, sim, da *prestação do serviço* de comunicação), e atribuiu à lei complementar o dever de fixar as respectivas normas gerais de tributação (art.146, XXX, “a”) e o local das prestações de serviços (art.155, § 2º, XII, “d”).

A Lei Complementar n. 87/96 cumpriu esse comando e definiu em seu artigo 2º, III, o *fato gerador* do ICMS: “*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”.

E em seu artigo 4º estabeleceu que *contribuinte* é “qualquer pessoa física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracteriza intuito comercial (...) *prestações de serviços (...) de comunicação*, ainda que as (...) prestações se iniciem no exterior”.

Estes dois dispositivos da Lei Complementar n. 87/96 assinalam claramente que: a) o imposto é devido em face das *prestações onerosas de comunicação* (aspecto material da hipótese de incidência decorrente diretamente do arquétipo constitucional); b) que o *contribuinte* é o sujeito que *presta o serviço* (“a qualidade de contribuinte é uma decorrência lógica do fato gerador, em outras

---

17 Ensinha Roque Antonio Carraza: “A fórmula adotada pela Constituição de 1988, ao aglutinar impostos diferentes debaixo do mesmo rótulo (ICMS), além de não ser das mais louváveis, sob o aspecto científico, está, na prática, causando grandes confusões. De fato, o legislador ordinário, nem sempre afeito à melhor técnica, tem, com frequência, dispensado o mesmo tratamento jurídico aos distintos fatos econômicos que o ICMS pode alcançar.” (ICMS. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 35).

palavras, a pessoa que realiza o fato previsto na lei como tributável adquire o *status* de contribuinte”<sup>18</sup> – art. 121, parágrafo único, I, do CTN).

As noções extraídas dessas duas regras são *imprescindíveis* para que se possa no exame da mencionada Lei Complementar n. 87/96, *in verbis*:

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

(...)

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

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

c-1) o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite;<sup>19</sup>

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

Artigo 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;

§ 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.”

Pela leitura dessas regras que fixam o aspecto territorial e temporal da hipótese de incidência, pode parecer que o Excelentíssimo Governador de Alagoas tem razão, ou seja, que o ICMS pré-pago deva ser recolhido ao Estado onde se deu a aquisição da ficha, cartão ou assemelhados. *Não é assim*.

Os dispositivos acima destacados violam a regra matriz do ICMS-COMUNICAÇÃO da Carta Federativa (art. 155, § 2º) e os artigos 2º, III e 4º da própria Lei Complementar, se tomados pela sua interpretação literal, depois dos avanços tecnológicos ocorridos entre a sua feitura e a data da edição do convênio vergastado, *porque as hipóteses fáticas que constituíam o fato impositivo do ICMS-COMUNICAÇÃO, hoje não são as mesmas*. Oportuna a lição de Carlos Maximiliano: “Não basta

18 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 145. O autor ainda adverte, nessa mesma obra, que a “qualidade de contribuinte é um atributo de quem realiza o fato típico ou cerne do fato gerador. Se pensarmos no aspecto econômico da tributação, é fácil compreendermos a razão ou necessidade desta vinculação do contribuinte ou responsável ao fato econômico tributado, não só porque a vantagem ou resultado dele decorrente é que vai possibilitar o pagamento do tributo ao fisco, mas ainda porque assim a lei atenderá o princípio fundamental da justiça tributária, segundo o qual se deve atingir a capacidade econômica do contribuinte (capacidade contributiva)” (Ibidem, p. 145).

19 Alínea incluída pela Lei Complementar n. 102, de 11.07.2000.

conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico.”<sup>20</sup>

Faz-se imprescindível investigar a prestação desses serviços *naquela época e no presente*, e interpretar a lei sem apego à literalidade, mas ao espírito que lhe deu origem<sup>21</sup>, aplicando-a à nova realidade das telecomunicações, de maneira a “revelar o sentido apropriado para a vida real”<sup>22</sup> e, ao mesmo tempo, mantê-la harmônica com o sistema constitucional tributário.

O brilhantismo de Carlos Maximiliano convém novamente: “A segurança jurídica, objetivo superior da legislação, depende mais dos princípios cristalizados em normas escritas do que da roupagem mais ou menos apropriada em que os apresentam. Deve, portanto, o pensamento prevalecer sobre a letra, a idéia valer mais do que o seu invólucro verbal.”<sup>23</sup>

Pois bem, a edição da Lei Complementar n. 87/96 foi feita em período em que o setor de telecomunicações era *restrito* em relação *aos prestadores* dos seus serviços (contribuintes do ICMS) e em relação *aos meios disponíveis* para a prestação do serviço de comunicação.

Naquela época, as telecomunicações, apesar da existência da Emenda Constitucional n. 8/95<sup>24</sup>, ainda estavam sob o monopólio da União, sua exploração se dava pela *holding* Telecomunicações Brasileiras S/A (Telebrás), que mantinha uma única companhia (a “tele” estatal), atuando em cada unidade da Federação para a telefonia local.<sup>25</sup>

De outro lado, os serviços de telefonia eram, via de regra, pós-pagos, com exceção dos prestados em Terminais de Uso Público – TUPs (orelhões), que eram pré-pagos e acessados mediante fichas, cartões e assemelhados, cujo fornecimento era feito exclusivamente pelas prestadoras do serviço ou por terceiros por ela autorizados dentro do próprio Estado.

Nesse contexto, verifica-se que: a) a exploração dos serviços telefônicos (pré-pagos, pós-pagos, em terminais fixos, móveis ou de uso público) era feita por uma

---

20 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 5.

21 Interpretação teleológica.

22 MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., p. 10.

23 MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., p. 124.

24 A Emenda Constitucional n. 8/95 autorizou a União a outorgar a grupos privados a exploração dos serviços públicos de telecomunicações, mediante concessão, autorização ou permissão. Essa norma, contudo era de eficácia limitada, visto que carecia de lei para ser implantada.

25 A Empresa Brasileira de Telecomunicações (Embratel) integrava a Telebrás, e operava a telefonia de longa distância e telex.

única operadora (contribuinte) em cada unidade federada; b) os serviços pré-pagos eram prestados exclusivamente em “orelhões” localizados dentro dos territórios federados; c) o fornecimento de fichas, cartões e assemelhados era feito pela própria prestadora do serviço ou por terceiros, por ela autorizados, localizados dentro do próprio Estado; d) em decorrência lógica, não havia dúvida acerca do local da tributação dos serviços pré-pagos porque eles eram “prestados” e “tomados” dentro dos limites territoriais do Estado Federado, o mesmo ocorrendo com o “fornecimento” e a “disponibilização dos créditos por cartões, fichas e assemelhados.

A inexistência de complexidade fática não exigiu, à época da edição da Lei Complementar n. 87/96, a elaboração mais precisa do aspecto espacial da hipótese de incidência porque o resultado seria sempre o mesmo. Tanto valia dizer que o local da prestação seria o “do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço”, como “do estabelecimento ou domicílio da concessionária ou permissionária”, ou ainda, do estabelecimento ou domicílio da concessionária ou permissionária que fornecesse ficha, cartão, ou assemelhados com que o serviço era pago (como consta do art. 4º, III, “b” da LC n. 87/96).

Contudo *essa realidade não existe mais*. Hoje, a realidade tecnológica e de mercado é outra. No ano de 2000, foi ultimado o processo de extinção do monopólio da União na exploração do setor de telecomunicações, conforme permissão da Emenda Constitucional n. 8/95 e previsão da Lei n. 9.472/97. Nesse processo a Telebrás foi cindida em 12 *holdings*, abrigando todas as empresas do grupo (quatro para a telefonia fixa e oito para a telefonia celular), privatizadas<sup>26</sup> no leilão ocorrido em 28 de julho de 1998. Essas empresas, agora privadas, continuaram a explorar suas respectivas áreas de atuação, mas com a *concorrência* das *empresas-espelho* (empresas privadas que obtiveram, em leilão, autorizações para a exploração da telefonia em todo o país) e das *empresas-espelhinho* (empresas privadas com autorização concedida pela ANATEL para atuação em diversas regiões do país).

Após todas essas modificações houve um estrondoso progresso na prestação dos serviços de telefonia: foram formados conglomerados, com área de atuação em vários Estados ou até cobertura nacional (os grupos Vivo, Claro, TIM etc.), a oferta dos serviços telefônicos foi ampliada, não só da telefonia fixa, mas especialmente da móvel celular<sup>27</sup>. Houve o crescimento dos serviços pré-pagos<sup>28</sup> (que

26 Nesse processo, foi aberto espaço para empresas estrangeiras, desde que constituíssem companhias sob a égide das leis brasileiras.

27 “Em julho de 1998, mês da privatização, existiam no país 20.245.000 telefones fixos e 6.500.000 celulares. Em janeiro de 2005, os números haviam saltado para 42.392.269 acessos fixos instalados e 66.621.929 telefones celulares em operação.” - Dados da ANATEL. (A tributação dos serviços de comunicação, op. cit., p. 12).

28 Serviço mais solicitado pelo usuário porque propicia maior controle de gastos.

alcançam mais de 80% dos aparelhos de telefonia móvel), houve a dissociação entre o local<sup>29</sup> da venda dos créditos de telefonia (por cartões, fichas e similares)<sup>30</sup> e o da ativação desses créditos nos aparelhos telefônicos e, mais recentemente, há tendência crescente do uso de recargas virtuais, sem a necessidade de cartão físico.

Ora, a aplicação literal dos artigos 11, III, “b”<sup>31</sup> e 12, § 1º<sup>32</sup> da Lei Complementar n. 87/96 sobre essa nova contextura do fato impositivo, com a multiplicidade de prestadoras dentro de um mesmo território e com as facilidades de carregamento de créditos para o uso do serviço *pré-pago* de telefonia em todo o território nacional dá origem às seguintes violações de ordem constitucional e legal:

- desatende ao arquétipo constitucional do ICMS (art. 155, § 2º, da CF) que o sujeita à competência territorial dos Estados (eles só podem tributar fatos geradores ocorridos dentro dos seus limites geográficos), propiciando a bitributação e o conflito de competência entre eles;
- desatende à regra matriz do ICMS (art. 155, § 2º, da CF) porque elege para elemento objetivo da hipótese de incidência fato que não corresponde à prestação de serviço de comunicação;
- desonera o prestador do serviço do pagamento do tributo e atribui a condição de contribuinte a quem não tem relação (atributividade<sup>33</sup>) com o fato gerador (ofensa aos arts. 121 do CTN e 4º da LC n. 87/96).

A causa da tributação é a *efetiva prestação do serviço*, conforme decorre do artigo 155, parágrafo 2º, da Lei Maior, e toda a prestação de serviço de comunicação *pressupõe a existência de um contrato*. Roque Carrazza ensina que “o ICMS-Comunicação só nasce quando, em razão de um *contrato oneroso* de prestação de serviços, A (o prestador), valendo-se de meios materiais próprios ou alheios, intermedia a comunicação entre B e C”<sup>34</sup> (g.n.).

29 O recarregamento de créditos pode ser feito pela internet (*site* de bancos credenciados), nas lojas da operadora, em bancos credenciados (por meio de *home banking* ou auto-atendimento), revendedores credenciados, lojas de varejo, supermercados, casas lotéricas, postos de gasolina, bancas de jornal e farmácias.

30 Os grandes grupos de operadoras que atuam em âmbito nacional passaram a oferecer cartões que podem ser utilizados em qualquer operadora do grupo.

31 Define o local da operação: “o do estabelecimento da concessionária ou da permissionária que forneça ficha, cartão, ou assemelhados em que o serviço é pago.”

32 Estabelece que a ocorrência do fato gerador é o “momento do fornecimento desses instrumentos ao usuário”.

33 Ensina Ruy Barbosa Nogueira: “(...) atributividade é assim uma relação ou vínculo que imputa a autoria do fato tributado à pessoa que o realizou e como consequência lhe dá a qualidade de contribuinte ou devedor do tributo.” (*Curso de direito tributário*, cit., p. 146).

34 CARRAZZA, Roque Antonio, *ICMS*, cit., 9. ed., p. 161.

Fazem parte do contrato: o tomador do serviço (usuário), o prestador dos serviços de comunicação (operadora) e o serviço a ser prestado. A presença conjunta desses três elementos materializa o fato impositivo do ICMS-COMUNICAÇÃO.

A prestação do serviço de telecomunicação pré-pago, que é o que nos interessa neste estudo, ocorre mediante o prévio pagamento, como o próprio nome indica, dos serviços que serão disponibilizados ao tomador. E o meio de pagamento antecipado se dá pela aquisição dos instrumentos de crédito (fichas, cartões e similares).

Pois bem, atualmente, como visto, nem sempre o fornecedor desses instrumentos de crédito é a pessoa contratualmente obrigada à prestação do serviço. Esse fornecedor pode ser terceiro em relação ao fato gerador do ICMS-COMUNICAÇÃO, e nesse caso, irá se restringir a intermediar os serviços (*e não executar modalidade de serviço de comunicação*), aproximando, por meio da rede de distribuição de fichas, cartões telefônicos e recargas virtuais, a empresa de telecomunicação prestadora do serviço e usuários do sistema de telefonia.

A rede de distribuição de fichas, cartões e similares, da mesma maneira que a instalação de rede de cabos metálicos de cobre, enlacs ópticos, antenas de transmissão, centrais telefônicas, satélites, etc. (instrumentais que permitem a prestação do serviço de comunicação) são da exclusiva responsabilidade da *operadora contratada, que prestará o serviço objeto do contrato*<sup>35</sup>. As interfaces que ela mantém com terceiros e com outras operadoras do mesmo grupo para que seja possível a prestação do serviço não interferem com o fato gerador do ICMS, pois com ele não se confundem.

O fornecedor de fichas e outros, quando terceiro em relação ao contrato do serviço de telefonia, recebe, pela atividade que realiza, o preço já estabelecido pela operadora de onde retira sua remuneração, na forma de percentual sobre o preço, nada podendo crescer ou diminuir. Enfim, sua atividade não tem qualquer relevância para fins tributários do ICMS-COMUNICAÇÃO.

Em suma, o fornecimento (entrega) dos instrumentos de crédito (fichas, cartões e similares) *não* configura o elemento objetivo do fato gerador do ICMS-COMUNICAÇÃO. Esse é, nas palavras de Misabel Derzi uma prestação de serviço que configure “uma utilidade, executada mediante obrigação de fazer (*e não de dar*)”<sup>36</sup>. E o artigo 60 da Lei n. 9.472/97 define o serviço de telecomunicações como o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”. (g.n.).

35 Observe-se que as empresas prestadoras do serviço de comunicação só podem explorar as áreas territoriais que lhe foram concedidas pela União. Essas empresas, como qualquer contribuinte de ICMS, devem inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do respectivo Estado ou Distrito Federal onde exerçam suas atividades.

36 Apud MELLO, Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 109.

Em face disso, *não importa onde ou de quem o usuário adquira o instrumento de crédito, pois o prestador do serviço sempre é a sua operadora, com a qual mantém um contrato e quem irá disponibilizar todos meios para que a comunicação se efetive.*

## IV.2 - Do local e do momento da prestação do serviço de telefonia

O aspecto espacial do fato gerador não pode estar dissociado do seu aspecto material. Não é possível admitir-se o deslocamento do local da prestação para onde não tenha ocorrido o fato imponible como gerador do ICMS (cuja competência estadual, não se esqueça, está atrelada ao aspecto territorial do fato gerador).

Assim, e levando em conta as considerações postas no item anterior, tem-se que o local do fato gerador do ICMS pela prestação do serviço de telefonia (pré-paga e pós-paga) só pode ser o do estabelecimento da operadora contratada, pois é ela que realizará o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação” (art. 60 da Lei n. 9.472/97).

Interessante notar que essa base territorial também se identifica com o local onde estão instalados os terminais fixos e habilitados os terminais móveis (celulares) dos tomadores do serviço, que dão origem à chamada telefônica<sup>37</sup>, havendo identidade territorial do prestador do serviço, do tomador do serviço e da prestação do serviço, o que demonstra a precariedade da tese posta nesta ação constitucional.

Mesmo nos casos de *roaming* (utilização pelo usuário do aparelho móvel celular fora da localidade da prestadora de serviço) a prestação de serviços telefônicos se dá em face das conexões que a empresa contratada propicia com outras operadoras, ou seja, aquela continua responsável pela disponibilização do conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação (tanto é assim que a cobrança do serviço é feita por ela, incluindo no preço os valores extras pelas conexões utilizadas, que serão repassados líquidos de tributos à operadora visitada, após o processo mensal de compensação).<sup>38</sup>

Neste átimo, incorpora-se a este trabalho, dada a excelência, a decisão proferida pelo E. Tribunal do Estado de Minas Gerais nos autos de apelação cível que, apesar de abordar questão diversa da ora tratada, define com precisão a territorialidade da prestação do serviço de comunicação:

---

37 Exceção feita para os casos de “chamada a cobrar”, quando o destinatário se responsabiliza pelo pagamento do serviço.

38 A prestação de serviços telefônicos *pré-pagos* em *roaming* depende de previsão contratual e pode estar vinculado à prévia existência de créditos a favor do tomador do serviço.

“Com efeito, não se confundir destino da ligação telefônica com destinatário ou usuário do serviço, que é o cliente da prestadora – assinante – que origina a chamada; o serviço é prestado a ele, que se faz responsável pela contraprestação tarifária.

É cediço que a concessão conferida à recorrente se acha circunscrita à sua área de operação, que é o território do Estado de Minas Gerais.

‘Área de concessão’, no entanto, não impossibilita a interconexão da rede da apelante com as redes pública, fixa, local, de outras localidades, dentro e fora do Estado e com outras móveis da mesma ou de localidades diversas.

O artigo 60 da Lei n. 9.472/97 define o serviço de telecomunicações como o ‘conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação’ e o parágrafo 1º diz que telecomunicação é a ‘transmissão, emissão ou recepção (...)’.

Disso se extrai que o usuário-cliente da prestadora, independentemente do destino da ligação que solicite através dela, estará na relação direta de prestação do serviço da mesma, sendo desvaliosa nesse vínculo (prestação de serviço) a ocorrência ou não das chamadas interconexões de rede, em que a comunicação se estabelece com outras operadoras locais de telefonia fixa ou móvel, ou, ainda, à media ou longa distância nacional ou internacional.

E o tributo (ICMS) incide sobre a prestação de serviço de telecomunicação – pouco importando as interconexões técnicas da rede – e não sobre a ligação telefônica em si (física).

*Assim, o serviço é considerado prestado no local de origem da ligação, devido ao Estado respectivo o ICMS, salvo nos casos em que o destinatário da chamada se responsabiliza pela contraprestação tarifária, caso em que se torna o tomador do serviço, deslocando-se a base territorial do fato gerador para o Estado de situação da operadora desse usuário.*

É que a simples interconexão de redes não possui o condão de deslocar a relação de direito material, consistente na prestação de serviço de comunicação e que configura o fato gerador do ICMS”. (TJMS – Apelação Cível n. 10.000.00.248592-8/000, 5ªCC, rel. Des. Francisco Bueno, DJ, de 06.08.2002, g.n.).

Por todo o exposto, resta claro que, dentro da nova perspectiva das telecomunicações, o artigo 11, III, da Lei Complementar n. 87/96 não pode ser literalmente aplicado, pois, com os avanços tecnológicos no sistema de telefonia, só haverá harmonia entre o seu texto e os artigos 2º, III e 4º da mesma Lei e 155, parágrafo 2º, da Lei Maior, interpretando-se as locuções ficha, cartão ou assemelhados, não como os meios físicos pelos quais se adquire créditos, mas como aquilo que representam, ou seja, os créditos.

Com efeito, quando o tomador do serviço adquire um cartão ou uma ficha, não está interessado nesse meio físico (cartão ou ficha), mas naquilo que tais instrumentos representam, ou seja, nos créditos que o farão ter um direito junto à prestadora contratada. E esses créditos (representados pela ficha, cartão e assemelhados) são fornecidos pelo prestador de serviço.

Tanto é assim que o tomador do serviço, quando recebe as fichas, cartões e similares<sup>39</sup>, apenas adquire o direito perante a sua operadora de ser provido de meios de se comunicar, pagando antecipadamente pelo serviço, pois nesse momento os serviços ainda não estão disponibilizados.

A disponibilização dos créditos (e, por conseqüência, a disponibilização dos serviços) ocorre no momento de seu reconhecimento ou ativação pela empresa de telecomunicação que prestará o serviço, quando houver o carregamento do terminal (aparelho telefônico celular ou fixo) com os créditos adquiridos pelo meio físico (fichas e cartões).

Também no meio virtual (quando o fornecedor está ligado a um provedor de solução de interligação que disponibiliza a rede, a transação será *on line*, sendo desnecessária a entrega do meio físico), apesar do processamento ser *on line*, a disponibilização dos créditos é feita porque reconhecidos, naquele ato, pela empresa prestadora do serviço.

Da mesma maneira, essa é também a interpretação que deve ser dada ao artigo 12, parágrafo 1º da Lei Complementar n. 87/96, pois também aqui não é possível dissociar-se o momento do fato gerador do “momento em que se verificam as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios”, conforme previsto no artigo 116, I, do Código Tributário Nacional.

Portanto, a expressão “ficha, cartão ou assemelhados”, constante desse dispositivo, também deve ser considerada como equivalente aos créditos que eles representam, e não ao meio físico pelo qual esses créditos serão disponibilizados.

Em face de todo o exposto, vislumbra-se com facilidade que o Convênio n. 55/2005, ao estabelecer a emissão de notas fiscais no momento da disponibilização desses créditos, não agride, ao revés, se harmoniza com o texto da Lei Complementar n. 87/96, e, por conseguinte, com a Lei Maior, não incorrendo em qualquer vício de inconstitucionalidade.

## **V - As razões da não-ratificação do Convênio n. 55/2005 pelos Estados de Alagoas (autor) e do Distrito Federal**

O Convênio n. 55/2005 foi celebrado por 25 unidades federadas, sendo que apenas o Estado de Alagoas (do qual o autor desta ação é Chefe do Poder Executivo) e o Distrito Federal não o subscreveram.

Coincidentemente, esses Estados possuem benefícios fiscais para os serviços de telefonia por ficha, cartão e assemelhados, sem respaldo ou autorização

---

39 Os cartões, fichas e similares nada mais são do que instrumentos que viabilizam a cobrança antecipada do serviço que será oportunamente prestado, conferindo “direito de crédito” – direito de natureza obrigacional à prestação do serviço de comunicação.

do CONFAZ e, portanto, ao arrepio da Lei Complementar n. 24/75, sendo-lhes conveniente a declaração de inconstitucionalidade do convênio que não lhes interessa.

Sendo esse o panorama, parece forçoso reconhecer, *datissima venia*, que o que está por trás da presente ação não é a crença na existência de inconstitucionalidade no texto do Convênio n. 55/2005, mas interesses de um Estado que preferiu a “guerra fiscal” como meio de incremento da sua economia, com a concessão de benefícios sem qualquer respaldo do CONFAZ.

De fato, com a edição da Lei n. 6.410/2003, de 24 de outubro de 2003, regulamentada pelo Decreto n. 1.738, de 19 de dezembro de 2003, o Estado de Alagoas passou a permitir a liquidação de obrigações tributárias relativas à importação de mercadorias, *prestações onerosas de telecomunicações realizadas mediante fichas, cartões e assemelhados e prestações de serviços de telecomunicações não medidos* com créditos representados por precatórios de funcionários públicos estaduais.

Com o artifício do pagamento de ICMS com precatórios adquiridos com deságio de 90% pelas empresas, o Governo de Alagoas passou a incentivar que as concessionárias de serviços de telecomunicação de todo o país passassem a concentrar a saída de cartões telefônicos naquele Estado, para depois serem distribuídos e utilizados nos demais.

Também o Distrito Federal possui benefícios fiscais, sem autorização do CONFAZ, para as prestações de serviços telefônicos por ficha, cartão ou assemelhado, inseridos no âmbito do chamado “Programa de Apoio ao Empreendimento Produtivo do Distrito Federal–PRO-DF II”, instituído pela Lei n. 3.196, de 29 de setembro de 2003.

As medidas legislativas desses dois Estados objetivam atrair o maior número de empresas de serviços telefônicos nos respectivos territórios que tenham por finalidade a distribuição de fichas, cartões e similares para todo o território nacional, reduzindo os pontos de fornecimento e propiciando a seu favor – *sob o absurdo entendimento jurídico exposto na inicial desta ação* – o incremento do ICMS-COMUNICAÇÃO, em detrimento dos demais membros federados, em cujos territórios efetivamente ocorrerão as prestações de serviços de telecomunicação.

Considerando que os benefícios concedidos *não* estão autorizados pelo CONFAZ, tem-se clara a instalação por tais Estados de mais uma “guerra fiscal”, agora na prestação dos serviços de telecomunicação (juntam-se vários artigos de jornais que atentam para esse fato).

Essa “guerra fiscal” do ICMS incidente sobre serviços pré-pagos de telefonia tem um motivo. É que o setor de telecomunicações tem experimentado acentuado crescimento nos últimos tempos, com reflexos extremamente positivos na

arrecadação dos Estados. “À guisa de exemplo, no ano de 2004, a prestação de serviços de comunicação foi a *segunda* principal atividade econômica geradora de divisas de ICMS no Estado do Rio de Janeiro, respondendo por 15,85% do imposto arrecadado no ano e a *terceira* maior em Minas Gerais (com 11,23% de participação na receita global do ICMS).”<sup>40</sup>

No Estado de São Paulo, considerando-se apenas a telefonia móvel celular, a arrecadação potencial relativa aos cartões pré-pagos atingirá o montante de R\$ 82 milhões por mês. Esse valor foi calculado utilizando-se a estimativa de que 80% da base de assinantes da telefonia móvel do Estado de São Paulo (total de 20,5 milhões de assinantes) são usuários da modalidade *pré-paga*, adotando uma receita média por usuário (ARPU) de R\$ 20,00 mensais e uma alíquota de 25%.

Em face disso, o Convênio ICMS n. 55/2005 é um grande avanço neste novo cenário do setor de telecomunicações e sua manutenção é primordial como instrumento de controle e garantia do correto recolhimento de ICMS sobre prestações pré-pagas de telefonia aos Estados de direito, onde se darão as efetivas prestações dos serviços.

## **VI - Inexistência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para a concessão da medida liminar requerida**

Não há motivação legal para a concessão da liminar requerida, primeiro porque a argumentação jurídica a sustentar as aclamadas inconstitucionalidades do Convênio n. 55/2005 cai por terra com o exame mais acurado da hipótese de incidência do ICMS-COMUNICAÇÃO, como exposto neste pleito. Ademais, esse convênio apenas disciplina normas regulamentares, não tendo aptidão de ferir a Lei Maior.

De outro lado, *todos* os Estados encontram-se de acordo com as regras de emissão de notas fiscais disciplinada pelo pacto federativo, por entenderem que facilitarão o maior controle da fiscalização, sendo que os dois únicos Estados que divergiram desse entendimento possuem leis estaduais, sem autorização do CONFAZ, que propiciam a “guerra fiscal”, porque pretendem criar em seus territórios pontos de distribuição dos meios de créditos para a utilização de serviços pré-pagos de telefonia, totalmente desvinculados da efetiva prestação desses serviços, e tributar essa atividade pelo ICMS-COMUNICAÇÃO.

Não se pode deixar de advertir que a pretensão do Governador do Estado

---

<sup>40</sup> MOREIRA, André Mendes. *A tributação dos serviços de comunicação*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 11.

de Alagoas – dissociação do local da venda dos créditos de telefonia e local da ativação destes créditos (da prestação dos serviços) – não só distorce o sistema constitucional tributário, promovendo a desigualdade entre os Estados, mas também traz enormes prejuízos à *maioria dos municípios brasileiros*, em detrimento de alguns poucos.

Com efeito, 25% da arrecadação do ICMS são repassados aos municípios e sua distribuição é feita de acordo com o valor adicionado nos respectivos territórios. Ora, pelo entendimento sufragado na exordial, a *maioria dos municípios brasileiros* praticamente nada receberia em face do ICMS-COMUNICAÇÃO, cuja prestação tenha ocorrido em seus territórios, e *alguns poucos municípios* seriam agraciados com o produto da elevada arrecadação deste tributo, pelo simples fato da disponibilização das fichas, cartões e similares se dar em seus territórios, o que, *data maxima venia*, acaba com a partilha constitucionalmente prevista pela Lei Maior.

Enfim, Excelentíssimo Ministro, visando à proteção da economia e das finanças paulistas, dos 25 Estados signatários do Convênio n. 55/2005, e da maioria dos municípios brasileiros, postula-se pela não concessão da medida cautelar requerida pelo autor.

## VII - Pedido final

Enfim, *não ocorreram as argüidas inconstitucionalidades*, e sem o proclamado antagonismo entre o Convênio n. 55/2005 e os dispositivos da Carta da República citados na peça inaugural, não há inconstitucionalidade a ser declarada.

Diante do exposto, o peticionário requer a esse Excelso Pretório:

- a) a admissão do requerente nos autos, na qualidade de *amicus curiae*, com direito de apresentar memorial, fazer sustentação oral, produzir oitiva de peritos e testemunhas de notório saber teórico e empírico sobre o tema versado nos autos;
- b) indeferimento do pedido de concessão de medida liminar, em face da ausência de motivos de ordem pública ou *periculum in mora*;
- c) conhecimento e deferimento da preliminar suscitada, de carência de ação com decretação da extinção do processo sem a apreciação e julgamento do mérito, ou,
- d) no mérito, o julgamento pela improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade, porque o Convênio n. 55/2005 encontra-

se formal e materialmente em consonância com todo o arcabouço jurídico tributário deste país, *não ocorrendo* as alegadas inconstitucionalidades, que certamente foram fruto da apreensão intelectual equivocada e aguerrida à letra da lei, e não ao seu espírito.

Nesses termos,

Pede Deferimento.

São Paulo, 1º de março de 2006.

ELIVAL DA SILVA RAMOS  
Procurador Geral do Estado

MARGARIDA MARIA PEREIRA SOARES  
Procuradora do Estado