

Consultor Tributário: Cessão de capacidade satelital não é tributada

A mera cessão de capacidade em satélites geoestacionários configura serviço? E, mesmo que configurasse, teria essa cessão de capacidade a natureza de serviço de comunicação? Essas são as perguntas que devem ser respondidas quando se procura definir se a cessão acima referida pode ser tributada pelo ICMS, cuja incidência pressupõe não só a existência de um serviço, mas de um serviço que seja de comunicação.

Em uma visão simplificada, os satélites nada mais são do que equipamentos posicionados na órbita terrestre munidos de determinada quantidade de circuitos eletrônicos (“transponders”) cuja função é a de permitir o tráfego de dados. O que várias das empresas proprietárias desses satélites fazem é apenas ceder a terceiros, durante certo período de tempo, o uso parcial ou integral da capacidade de tráfego de um ou mais “transponders”, para que neles sejam trafegados os dados pertencentes àqueles terceiros.



Normalmente, e é com essa premissa que examinamos a questão, a cessão de capacidade não inclui a disponibilização aos cessionários de quaisquer instalações terrestres que propiciam o “uplink” e o “downlink” dos sinais objetos da transmissão. Em outras palavras, são os próprios cessionários que obtêm, instalam, licenciam, e mantêm os equipamentos, estações e/ou instalações necessários à sua interligação com o satélite.

As empresas proprietárias dos satélites não executam qualquer tipo de atividade relativa ao envio, ou captura, de dados e sinais pertencentes aos terceiros que as contratam. Elas simplesmente cedem a esses terceiros, pelo tempo pactuado, o uso de “transponders” ou fração de “transponders” de satélites, para que eles exerçam as atividades necessárias à consumação da telecomunicação que almejam.

Conforme já assentado na melhor doutrina e na jurisprudência, o conceito de prestação de serviços pressupõe a existência de uma obrigação de fazer.

Nas atividades exercidas pelas empresas proprietárias de satélites, na forma acima descrita, não há uma *facere* que constitua contraprestação da remuneração por elas percebida, mas simplesmente a obrigação de ceder aos seus clientes o uso dos “transponders” necessários a que sinais sejam transmitidos de um ponto a outro.

Há, portanto, mera locação de bens móveis, que, conforme jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, não tem a natureza de prestação de serviços por configurar obrigação de dar. É o que se verifica no exame do Recurso Extraordinário 116.121-3/SP, de 11 de outubro de 2000, publicado no Diário da Justiça de 25 de maio de 2001, cuja ementa é a seguinte:

“TRIBUTO – FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei

Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – artigo 110 do Código Tributário Nacional.”

Note-se que essa jurisprudência foi reafirmada pelo STF quando do julgamento do RE 592.095, de 2 de dezembro de 2009, em que se concluiu pela impossibilidade da incidência do ISS no *leasing* operacional. Decidiu-se que esse contrato não poderia ser onerado pelo Imposto sobre Serviços porque as atividades nele exercidas não configuravam obrigação de fazer, nos mesmos moldes da locação de bens móveis.

A única atividade exercida por aquele que cede capacidade satelital a terceiros é a de manutenção do satélite, que é obrigação inerente a qualquer contrato de locação, nos termos do artigo 566 do Código Civil. Logo, não pode ser considerada prestação de serviços. Seria mesmo estranho considerar serviço a manutenção de equipamento pertencente ao próprio prestador do suposto serviço. Ninguém presta serviços a si mesmo.

Respondendo, portanto, a primeira das perguntas que abrem este artigo, temos que, não, a cessão de capacidade satelital na forma acima examinada não configura prestação de serviços. Isso já seria suficiente para impedir a incidência do ICMS naquela operação.

Mas, mesmo que houvesse serviço, o que se admite somente por amor ao debate, seria esse serviço de comunicação? Vamos, então, à resposta à segunda pergunta.

A definição dos contornos da competência tributária alocada pela Constituição Federal aos entes tributantes deve ser feita de forma precisa, observando-se o sentido técnico e jurídico dos conceitos empregados no texto constitucional, evitando-se, assim, que haja extrapolações ou invasões de competência através do exercício abusivo do poder de tributar.

Ao atribuir competência aos estados para cobrar o ICMS, a Constituição Federal faz expressa referência a “prestações de serviços de comunicação” (artigo 155, II). Esse foi o conceito constitucionalmente utilizado para definir e limitar a competência dos estados relativamente à incidência daquele imposto estadual.

Cumpr, então, verificar se “serviço de comunicação” é conceito definido por algum outro ramo do direito, porque, se o for, o Direito Tributário, como direito de superposição que é, deverá ater-se aos limites impostos por essa definição.

De fato, quando a Constituição Federal determina que os entes tributantes têm competência para tributar esses ou aqueles bens, direitos, ou atividades, ela está não só outorgando àqueles entes poder para tributar tais bens, direitos, ou atividades, como também limitando esse poder, na medida em que a respectiva tributação não poderá se dar sobre algo que extrapole aquilo que tenha sido objeto de expressa referência pelo dispositivo constitucional que atribui a competência tributária.

Assim, por exemplo, se a Constituição Federal determina que a União e os estados têm competência para tributar as importações (artigos 153 e 155, respectivamente), não poderá o legislador Federal ou o Estadual editar norma que permita a tributação sobre atividade que não configure, em sua essência, efetiva importação.

Da mesma forma, se o conceito utilizado pela Constituição Federal estiver definido por outro ramo do Direito (v.g., propriedade, transmissão de propriedade, doação, mercadoria entre outros), os estados não podem ampliar-lhe os contornos para, com isso, tributar situações que não seriam objeto de incidência se adotado o conceito daquele outro ramo do Direito (é o que determina a norma contida no artigo 110 do CTN).

No caso em exame, a delimitação da competência dos estados foi feita por meio da utilização do termo "serviços de comunicação". Os serviços de comunicação são gênero; os de telecomunicação, espécie, e se referem exclusivamente à comunicação que se dá à distância.

Portanto, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT) — Lei 9.472, de 16.07.1997 — é a que define os contornos dentro dos quais as atividades de telecomunicação podem ser consideradas serviços. Transcrevo, abaixo, os dispositivos pertinentes:

“Art. 60. Serviço de telecomunicação é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º. Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

(...)

Art. 170. A Agência disporá sobre os requisitos e critérios específicos para execução de serviço de telecomunicações que utilize satélite, geoestacionário ou não, independentemente de o acesso a ele ocorrer a partir do território nacional ou do exterior.

No exercício da competência que lhe foi atribuída pela LGT, a Anatel editou o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, anexo à Resolução 73, de 25.11.1998, que dispõe:

“Art. 3º – Não constituem serviços de telecomunicações:

I – o provimento de capacidade de satélite;

II – a atividade de habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações;

III – os serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.472 de 1997.”

Vê-se, portanto, que a legislação aplicável aos serviços de telecomunicações contempla em regulamento específico a exploração de satélites e exclui expressamente o provimento de capacidade satelital do conceito de serviço de telecomunicação.

Essa exclusão está em plena consonância com o próprio conceito de “serviços de telecomunicações” constante da LGT, segundo o qual eles seriam o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”

”. Como, nesse conceito, pressupõe-se a existência de um “conjunto de atividades” que propicia a comunicação, não seria mesmo possível que qualquer atividade isolada que, por si só, não fosse suficiente para viabilizar aquela oferta pudesse, isoladamente, configurar a prestação dos referidos serviços.

Situação idêntica à ora examinada levou a primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência no RESP 456.650 (D.J. de 20.03.2006), a concluir que o provimento de acesso à Internet não é serviço de comunicação, e que, portanto, não está sujeito ao ICMS.

De fato, dois dos principais argumentos utilizados pelo STJ no referido precedente são aplicáveis à cessão de capacidade de satélite: a) o serviço prestado não tem a natureza de serviço de telecomunicações porque, por ele, não são fornecidas as condições e meios para que a comunicação ocorra; e b) nos termos do artigo 110 do CTN, não podem os estados ou o Distrito Federal alterar a definição, o conteúdo e o alcance do conceito de prestação de serviços de conexão à internet, principalmente quando a própria legislação os exclui do conceito de serviço de telecomunicação. Vale transcrever alguns trechos do voto proferido pelo ministro relator para acórdão *Franciulli Netto*:

"Da leitura dos dispositivos legais acima transcritos, verifica-se que cabe aos Estados e ao Distrito Federal tributar a prestação onerosa de serviços de comunicação. Dessa forma, o serviço que não for prestado de forma onerosa e que não for considerado pela legislação pertinente como serviço de comunicação não pode sofrer a incidência de ICMS, em respeito ao princípio da estrita legalidade tributária.

(...)

No mesmo sentido, o art. 3º, inciso III, do Regulamento Geral dos Serviços de Telecomunicações da ANATEL (Resolução 73, de 25.11.1998) estabelece que não constituem serviços de telecomunicações os serviços de valor adicionado, nos termos do artigo 61 da Lei n. 9.472, de 1997.

Já Ives Gandra Martins pondera que "se o serviço estiver vinculado ao setor de telecomunicação, mas não for considerado serviço de telecomunicação por quem tem competência de definição fiscal, à evidência, não será serviço de comunicação de forma alguma."

(...)

Não oferece, tampouco, prestações onerosas de serviços de comunicação (art. 2º da LC n. 87/96), de forma a incidir o ICMS, porque não fornece as condições e meios para que a comunicação ocorra (...)."

Note-se que o dispositivo legal citado pelo ministro *Franciulli Netto* que determina que o provimento de acesso à Internet (serviço de valor adicionado) não configura serviço de telecomunicação é o mesmo que também exclui do conceito de telecomunicação a cessão de capacidade de satélite (artigo 3º do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, transcrito no item 4.16, acima).

No julgamento do Recurso Especial 760.230 (D.J. de 01.07.2009), a 1ª Seção do STJ decidiu que a atividade de locação de aparelhos de telecomunicação não pode ser tributada pelo ICMS porque não possibilita, por si só, a emissão, transmissão ou recepção de informações. De acordo com o acórdão, somente poderiam ser tributados os serviços de comunicação propriamente ditos, ou seja, a efetiva

transmissão de mensagens (dados). Vale transcrever parte do voto proferido pelo ministro relator Luiz Fux:

"Nesse diapasão, deduz-se, dos supra-transcritos dispositivos legais, que o serviço de comunicação relevante juridicamente para fins de tributação pelo ICMS é aquele decorrente de um contrato oneroso de prestação de serviço, do qual resulte efetivamente uma relação comunicativa entre emissor e receptor da mensagem.

Destarte, não se inserem no âmbito de incidência do ICMS serviços acessórios ou suplementares, cuja função é a de proporcionar as condições materiais necessárias à implementação do serviço comunicacional. Os atos de locação de aparelhos, manutenção das Estações Rádio-Base, das torres de transmissão, dos softwares de gerenciamento e outros serviços similares, por si só, não representam efetiva comunicação, ostentando a natureza de meros atos preparatórios ou posteriores à atividade tributada.

Na mesma esteira, segue o entendimento do professor ROQUE ANTONIO CARRAZA, que, analisando os atos de fornecimento e manutenção dos meios necessários à execução do serviço de comunicação, não os identifica como hipótese de incidência da exação *sub examine*:

Estamos percebendo que só quando o destinatário assume papel ativo, contratando a prestação do serviço de comunicação e dele fruindo, por meio do recebimento e do envio de mensagens a terceiro (que não o próprio prestador), é que o ICMS pode incidir. O que se tributa é a execução do serviço, e não simplesmente, sua estipulação.

Esta oração uma vez mais exterioriza nosso juízo no sentido de que o ICMS só pode incidir quando efetivamente ocorre a prestação onerosa do serviço de comunicação. E esta só se dá quando, estabelecida a relação comunicativa, há, entre pelo menos duas pessoas (diversas do prestador do serviço), efetiva transmissão de idéias, pensamentos ou intenções.

Portanto, se não há comunicação (ou se esta se dá fora do alcance das leis brasileiras, como no caso da telecomunicação internacional) não há incidência possível de ICMS.

O que estamos querendo remarcar é que o tributo em tela incide sobre a prestação dos serviços de comunicação (atividade-fim), não sobre os atos que a ela conduzem (atividades-meio). A simples disponibilização, para os usuários, dos meios materiais necessários à comunicação entre eles ainda não tipifica a prestação do serviço em exame, mas simples etapa necessária à sua implementação. (...)."

Especificamente quanto à matéria, não há, ao que saibamos, acórdão do STJ que a tenha examinado. Há o AgRg no REsp 1.323.294, em que, por fundamentos processuais, negou-se provimento ao recurso interposto contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, favorável ao contribuinte. Nesse julgamento, o ministro Castro Meira sinaliza, em seu voto, que a matéria deveria ser solucionada na mesma forma como vem julgando o STJ no que diz respeito às atividades meramente preparatórias. Ou seja, no sentido de que não há a incidência do ICMS^[1].

Em suma, respondendo as perguntas feitas no início deste estudo, temos que o provimento de capacidade satelital não configura prestação de serviços; e, mesmo que configurasse, os serviços prestados não seriam de comunicação. Tal atividade não pode, portanto, ser alcançada pela incidência do ICMS.

[1] Contra a decisão proferida pelo TJDF, foi também interposto Recurso Extraordinário ao STF (RE 738.067). O Egrégio Tribunal rejeitou o referido recurso sob o fundamento de que a decisão recorrida estava baseada exclusivamente em legislação infraconstitucional.

Date Created

23/04/2014