



DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE SANT'ANA DO LIVRAMENTO
“Palácio Moisés Viana”
Unidade Central de Controle Interno

PARECER UCCINº 114/2005

ASSUNTO: Solicitação de Parecer 27 de julho de 2005

ORIGEM: Memorando 045/2005 – Fiscalização Tributária

PARECER DE ASSESSORAMENTO

Sr. Chefe da Fiscalização Tributária:

Veio a conhecimento desta Consultoria Técnica na Área Jurídica, através do Memorando 045/2005, da Chefia da Fiscalização Tributária, solicitação de manifestação, na forma de Parecer, conforme previsto na Legislação Municipal.

Da Preliminar

Visa a presente dar cumprimento às atribuições estabelecidas nos Arts. 31 e 74 da Constituição Federal, na Lei nº 4.242/01, Decreto 3.662/03 e demais normas que regulam as atribuições do Sistema de Controle Interno, referentes ao exercício de controle prévio e concomitante dos atos de gestão.

Ainda em preliminar, torna-se necessário referir que, apesar desta Unidade ter por regra a manifestação somente acompanhada de parecer do órgão técnico da Municipalidade, bem como acompanhada de documentação atinente à consulta, à vista das circunstâncias próprias do caso, por ter sido designado para assessorar a Comissão de Cobrança de Dívida Ativa e, visando avaliar e prevenir as implicações legais a que está submetida aquela Secretaria, quanto a decisões a serem tomadas com base no presente estudo, entende este Órgão de Fiscalização e Assessoria, plausível, a título de orientação e assessoramento, enviar a Vossa Senhoria para, entendendo cabível, considerar a manifestação.

Dos Fatos

Vem ao conhecimento desta UCCI consulta, solicitando Parecer no seguinte sentido:

“(..).com o presente, vimos solicitar-lhes um parecer sobre a competência ou não do Município em recolher Imposto sobre Serviços de Comunicações.

No dia de hoje fomos procurados pelo proprietário da R.C., Sr. A.B. solicitando-nos talões de Notas Fiscais de Serviços, alegando que em outros municípios do Rio Grande do Sul onde existe a R.C. (Pelotas, Canguçu, Santa Vitória) já foram concedidos talões de serviço pelas Prefeituras.

De acordo com a interpretação dos Inspetores Tributários, baseados na Lei Federal 5.172/66 Código Tributário Nacional, art. 68, II. O imposto é de competência do Estado (ICMS) de acordo com o ADCT art. 34

(..).”

Da Legislação

Cabe-nos, desde já, trazer à colação a aplicação das regras legais e a franca doutrina, abaixo citada, do Doutrinador **Mário Celso Santiago Menezes**, auditor tributário da Secretaria de Fazenda e Planejamento do Distrito Federal, pós-graduando em Regulação de Telecomunicações pela Universidade de Brasília, as quais disciplina e comentam a matéria, invocando-se, assim, dentre outras, a discriminação de rendas elencada na Constituição de 1988, que inovou ao remeter à competência tributária estadual as prestações de serviços de comunicação.

Anteriormente, na vigência da Constituição de 1967, cabia à União este poder de tributar, isto por meio do Imposto sobre Serviços de Transportes e de Comunicações – ISTC, **mas em tempo algum tal competência coube ao Município**. Senão vejamos o dispositivo da antiga Carta Política:

"Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre:

*.....
VII - serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal;"*

Determinando normas gerais sobre aquele imposto, o Código Tributário Nacional, Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, em seu art. 68:

"Art. 68. O imposto, de competência da União, sobre serviços de transportes e de comunicações, tem como fato gerador:

II - a prestação de serviço de comunicações, assim se entendendo a transmissão e o recebimento, por qualquer processo, de mensagens escritas, faladas ou visuais, salvo quando os pontos de transmissão e de recebimento se situem no território de um mesmo Município e a mensagem em curso não possa ser captada fora desse território."

Já outrora, ao comentar o alcance e profundidade do dispositivo supramencionado, o saudoso Ministro Aliomar Baleeiro ensinava:

*"(..) Igualmente não há restrição outra em relação ao imposto sobre comunicações senão as de que estão excluídas as intramunicipais. Quaisquer outras que importem em transmitir ou receber mensagens por qualquer processo técnico de emissão de sons, imagens ou sinais, papéis etc., **estão sob o alcance do imposto federal**, desde que constituam prestação remunerada de serviços. Da columbofilia à TV. Dos serviços pneumáticos às emissões de frequência modulada para fundo musical."*

A lei federal instituidora do imposto sobre comunicações somente veio a ser editada em

1984. Foi o Decreto-lei n.º 2.186, de 20 de dezembro de 1984, que definia:

"Art. 1º O Imposto sobre Serviços de Comunicações tem como fato gerador a prestação de serviço de telecomunicações destinadas ao uso público (art. 6º, a e b, da Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962).

Parágrafo único. São isentos do imposto os serviços de telecomunicações nas seguintes modalidades:

I – telefonia quando prestados:

a) em chamadas locais originadas de telefones públicos e semi públicos;

b) em localidades servidas unicamente por posto de serviço público ou por centrais locais de até 500 (quinhentos terminais);

II – televisão e radiodifusão sonora.

Art. 2º A alíquota do imposto é de 25% (vinte e cinco por cento).

Art. 3º Contribuinte do imposto é o prestador do serviço.

Art. 4º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º O preço do serviço será representado pela quantia total paga pelo usuário ao prestador do serviço.

§ 2º O montante do imposto integra a base de cálculo de que trata este artigo.

(...)"

A abrangência da tributação federal era, então, limitada por lei ordinária, apesar de não haver qualquer restrição constitucional ou de lei complementar definidora de fato gerador (no caso, o CTN), vez que esses últimos permitiam a tributação de qualquer espécie comunicação).

Com o advento do novo sistema tributário nacional, em 1988, houve a criação do ICMS que fez incorporar ao antigo ICM, entre outros, o serviço de comunicação. Senão vejamos o dispositivo constitucional:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;"

Diante da autorização constitucional, os Estados e o Distrito Federal alargaram a base tributária do ICMS tanto no transporte (excluídos apenas os serviços intramunicipal e internacional), quanto nas comunicações (sobre as quais não pesa qualquer restrição constitucional, seja de âmbito ou de modalidade). A norma que veiculou precariamente as novas feições do ICMS foi o Convênio ICM 66/88, editado pelo colégio de Secretários de Fazenda dos Estados e do Distrito Federal, o famigerado CONFAZ - Conselho Nacional de Política Fazendária, na forma do art. 34, § 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988, e da Lei Complementar n.º 24, de 7 de janeiro de 1975:

"Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

...

X - na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior."

O art. 2º da Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996 - que veio estabelecer normas gerais definitivas quanto ao ICMS e, a partir de 1º de novembro de 1996,

afastar a aplicação transitória do Convênio ICM 66/88 - define como hipótese de incidência do ICMS, no seu inciso III:

"Art. 2º O imposto incide sobre:

.....
III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;" (original sem grifos)

De se ressaltar a diferença entre as duas definições, a segunda mais de acordo com o texto constitucional, preferiu conceituar genericamente e depois utilizar a palavra "**inclusive**" para denotar mera exemplificação das ações que caracterizariam fatos geradores do imposto.

A inteligência da expressão **comunicação de qualquer natureza**, cuja prestação onerosa é fato gerador do ICMS, tem exemplos concretos a partir de uma leitura sistemática da Constituição Federal, especialmente dos artigos 21, XI e XII, *a*, e 22, IV e V, tratantes das competências material e legislativa da União, que citava em sua redação original os serviços telefônicos, telegráficos (telegrama), de transmissão de dados e outros serviços públicos de telecomunicações, e também os serviços privados de telecomunicações, os serviços postais, **bem assim os de radiodifusão sonora e de sons e imagens.**

A nova redação dada ao art. 21, incisos XI e XII, *a*, pela Emenda Constitucional n.º 8, de 1995, não alterou substancialmente, senão para submeter os serviços de telecomunicação à regulação e a regimes jurídicos diferenciados de prestação (serviços públicos e privados), **além de desagregar-lhes da radiodifusão (que escapam à regulação governamental e a outorga de concessão é diferenciada).**

O Supremo Tribunal, neste particular, evidencia essa posição por meio de acórdão com a seguinte ementa:

"Constituição. Alcance político. Sentido dos vocábulos. Interpretação. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente com o desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos sagrados do Direito.

Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam, conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios."

Nesse sentido os dicionários nos dão a definição do significado "**comunicação**".

Para o festejado Aurélio - Ferreira (1986)⁽¹⁵⁾ - o vocábulo significa:

"COMUNICAÇÃO: (do latim *communicatio*) S.f. **1.** Ato ou efeito de comunicar(-se). **2.** Ato ou efeito de emitir, transmitir e receber mensagens por meio de método e/ou processos convencionados, quer através de linguagem falada ou escrita, quer de outros sinais, signos ou símbolos, quer de aparelhamento técnico especializado, sonoro e/ou visual (...) **11.** Eng. Eletrôn. Transmissão de informação de um ponto a outro por meio de sinais em fios, ou de ondas eletromagnéticas. **12.** Teor. Inf. Transmissão de mensagem entre uma fonte e um destinatário."

Numa especificidade da Ciência da Comunicação, Rabaça e Barbosa (1995) definem primeiramente:

"Comunicação:

1. (...) *comunicar implica participação (communicatio tem o sentido de 'participação'), em interação, em troca de mensagens, em emissão ou recebimento de informações novas.*(...)

Comunicação significa informação que passa de um lugar para outro (G. Miller).

(...) Transmissão de informações, idéias, emoções, habilidades etc. por meio do uso de símbolos – palavras, imagens, figuras, gráficos etc. (B. Berelson e G. Steiner)"

Lopes (1997)⁽¹⁷⁾, após também considerar diversos autores, resume comunicação como sendo:

"um processo complexo e interligado, que pode ser por inúmeros meios, unindo uma ou várias pessoas, seja como emissor ou receptor, e que busca influenciar ou modificar um comportamento e/ou pensamento de outra pessoa ou grupo de pessoas."

Outro conceito de comunicação sobremaneira importante é o do Glossário de Termos de Telecomunicação do *Federal Standard 1037C*⁽¹⁸⁾ americano, aqui em tradução livre:

"COMUNICAÇÕES 1. *Transferência (ou movimento) de informação entre usuários e processos, de acordo com convenções preestabelecidas. 2. Ramo da tecnologia relacionado com a representação, transferência, interpretação e processamento de dados entre pessoas, lugares e máquinas."*

Para o nosso caso é crucial, também, o conceito de comunicação trazido pelo art. 6º do Decreto n.º 97.057, de 10 de novembro de 1988 (Regulamento Geral do antigo Código Brasileiro de Telecomunicações):

"COMUNICAÇÃO - *Transferência unilateral ou bilateral de informação por meio de sinais convencionados."*

Veja-se que aqui não há restrição à bilateralidade como requisito essencial da comunicação. Por mais que se queira argumentar, após a bateria de definições elencadas, acima, está cristalino que a comunicação **pode ser em um único sentido, sem resposta, unidirecional (rádio, televisão, radiochamada - "beep" ou "paging" - por exemplo).**

E ainda assim, se alguém quiser rebater os argumentos acima, colocamos a lógica, como defensora da razão, pois são basilares os elementos mínimos requeridos para que ocorra um processo de comunicação, quais sejam:

- a) a fonte
- b) a mensagem;
- c) o meio de transmissão;
- d) o receptor.

Veja-se que, conforme cita o Doutrinador, acima nominado, a mensagem (o conteúdo) em si é irrelevante para a definição do serviço. No entanto, o meio ou a forma, o processo ou a modalidade define a espécie de comunicação. Cita ainda como exemplo, o meio ótico ou radioelétrico, que define tecnicamente a telecomunicação; o meio físico de um painel, a comunicação visual; o pombo-correio, a columbofilia.

A incidência do ICMS não é sobre a mera realização de comunicação (a conversa) e sim a prestação onerosa de serviço 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. Desta forma, tendo ficado bem claro o conceito de comunicação, passemos a

questão da prestação de serviço.

A prestação de serviços pode ser entendida como uma obrigação de fazer prevista no Código Civil, é obrigação de realizar para outrem uma atividade mediante contraprestação de preço ou tarifa.

Para o chamado Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 3º, § 2º, serviço é:

"... qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de caráter trabalhista".

Conforme citado pelo Ilmo. Auditor, em tratado sobre a tributação de serviços pelo imposto de competência dos Municípios, tem-se a magistral lição contida em Martins (1995), pág. 40:

"Prestação de serviços é a operação pela qual uma pessoa, em troca do pagamento de um preço (preço do serviço), realiza em favor de outra a transmissão de um bem imaterial (serviço). Prestar serviços é vender bem imaterial, que pode consistir no fornecimento de trabalho, na locação de bens móveis ou na cessão de direitos. (...) a prestação de serviços (...) presume um vendedor (prestador do serviço), um comprador (tomador do serviço) e um preço (preço do serviço)."

Para Moraes (1984), pág. 82, a expressão prestação de serviços tem o sentido de:

"... fornecimento de trabalho realizado por uma pessoa a um terceiro, mediante remuneração. Prestar serviço é servir, é prestar atividade ou trabalho a outrem."

São então requisitos intrínsecos à prestação de serviços o fato de ser feita a terceiros e a própria onerosidade (sendo assim, a palavra "onerosas" usada na LC 87, art. 2º, III, tem efeito redundante).

Para que haja a incidência de ICMS é necessário que o serviço de comunicação seja prestado a terceiros e que seja feito em caráter oneroso.

Não deve pagar imposto, dessa forma, aquele que se comunica, **mas sim aquele que presta o serviço de aproximação, que intermedia, que se interpõe** entre o emissor e o receptor de mensagem (informação).

O serviço de comunicação pode ser comparado ao de transporte. Presta serviço de **transporte aquele que carrega, de um lugar para outro**, bens ou pessoas, isto é, aquele que disponibiliza meios materiais e humanos para transportar coisas de terceiros. Já decidiram os tribunais que, ao tempo do ISTR, não havia tributação no transporte de carga própria, princípio que também deve nortear o ICMS.

Assim, presta serviço de comunicação aquele que disponibiliza canais ou condutos (meios de comunicação) para o transportar mensagens quaisquer que terceiro deseje recebê-las ou enviá-las.

Veja-se as figuras abaixo:

- FIGURA 1 -

DIAGRAMA DE COMUNICAÇÃO (RELAÇÃO COMUNICATIVA)

fonte -----> mensagem -----> receptor

Aqui as pessoas/máquinas apenas se comunicam. Não há qualquer prestação de serviço, mas haverá comunicação.

- FIGURA 2 -

tomador do
serviço preço(\$)
(fonte/destinatário) ----->
meio de
comunicação -----> mensagem

DIAGRAMA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO

PRESTADOR

Neste último caso, o tomador do serviço paga ao detentor dos meios determinado preço para que este "transporte" através desses dutos/canais mensagens que chegam ou saem do cliente (emissão ou recepção). Ainda que não haja tráfego de mensagens (comunicação) terá ocorrido a prestação do serviço **pela simples locação de meios**.

Pode-se concluir que haverá prestação de serviço pela disponibilização onerosa ao de um canal para emissão/recebimento de mensagens (meios de comunicação).

São citadas também as palavras do Doutor Alcides Jorge Costa, ex-Professor da Cadeira de Direito Tributário da Universidade de São Paulo, *ghost-writer* da Lei Complementar n.º 87, coloca como condição primeira para se entender os serviços de comunicação a distinção entre **meio** e **mensagem**. Para o tributarista a prestação do serviço existe sempre que alguém coloque a disposição de terceiros o meio veiculador que permitirá o transporte da mensagem do cliente.

No mesmo sentido é a pena de Carrazza, *op. cit.*, pág. 115/116, leciona:

"Note-se que o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a 'relação comunicativa', isto é, a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer, a terceiro, condições materiais para que a comunicação ocorra.

Isto é feito mediante a instalação de microfones, caixas de som, telefones, rádio-transmissores etc. Tudo, enfim, que faz parte da infra-estrutura mecânica, eletrônica e técnica necessárias à comunicação.

O serviço de comunicação tributável por meio de ICMS se perfaz com a só colocação à disposição do usuário dos meios e modos aptos à transmissão e recepção de mensagens(...) São irrelevantes, para fins de ICMS, tanto a transmissão em si mesmo considerada ('relação comunicativa'), como o conteúdo da mensagem transmitida.

É que os partícipes da relação comunicativa ('v.g., os locutores esportivos') não prestam serviços nem uns para os outros, nem para terceiros. Eles simplesmente se comunicam.

Situação diversa ocorre quando pessoa (física ou jurídica) mantém em funcionamento o sistema de comunicações, consistentes em terminais, centrais, linhas de transmissão, satélites etc.

Agora, sim: há uma relação negocial entre o prestador e os usuários que possibilita, a este último, a comunicação. É o quanto basta para que o ICMS incida. Mesmo que o usuário mantenha os equipamentos desligados."

A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO

É de se transcrever na íntegra a manifestação do Prof. **Mário Celso Santiago Menezes**, quando assevera que o Serviço de Televisão por Assinatura é espécie de telecomunicação juridicamente distinta da radiodifusão (TV e rádio abertos). Desde a Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional n.º 8/95 (telecomunicações: art. 21, XI ; radiodifusão: art. 21,

XII, a), passando pelas leis ordinárias distintas (Lei n.º 4.117, de 1962 – Código Brasileiro de Telecomunicações; 9.742/97), até os regulamentos, esses serviços são considerados inconfundíveis.

Do ponto de vista estritamente técnico, não há como separar telecomunicação e radiodifusão, esta é espécie daquela. Na realidade, desde a edição do Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962, a radiodifusão já era tecnicamente considerada telecomunicação (além de ser juridicamente).

O conceito legal de radiodifusão, segundo o art. 6º, alínea 'd' do Código Brasileiro de Telecomunicações, cujos dispositivos foram expressamente mantidos em vigor pelo art. 215, inc. I, da LGT - Lei Geral das Telecomunicações - Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, é:

"Art. 6º Quanto aos fins que se destinam, as telecomunicações assim se classificam:

.....

d) serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão;"

Na mesma linha é o Regulamento Geral do Código Brasileiro de Telecomunicações, Decreto n.º 52.026, de 20 de maio de 1963, alterado pelo Decreto n.º 97.057, de 10 de novembro de 1988:

"Art. 6º Para os efeitos deste Regulamento Geral, dos Regulamentos Específicos e das normas complementares, os termos adiante enumerados têm o seguinte significado:

.....

83º - Serviço de Radiodifusão: modalidade de serviço de telecomunicações destinado à transmissão, de sons (radiodifusão de sons, radiofonia, ou radiodifusão sonora) ou de sons e imagens (radiodifusão de sons e imagens, radiotelevisão, ou radiodifusão de televisão), por ondas radioelétricas, para serem direta e livremente recebidos pelo público em geral;"

A lei federal instituidora do antigo Imposto Federal sobre Comunicações, o Decreto-lei n.º 2.186, de 20 de dezembro de 1984, considerava a radiodifusão no campo de incidência do ISC, tanto que lhe concedia isenção.

Mister é reavivar que o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita (fluxo de informações entre o remetente e o destinatário) nem sobre a radiodifusão. O imposto estadual incide sim, como é de ver do seu próprio *nomen iuris*, sobre a prestação (onerosa) de serviços de comunicação (que tem como uma das espécies a radiodifusão).

Ora, prestar, mediante remuneração ou retribuição, a determinada pessoa (usuário), uma atividade que possibilite a irradiação, a divulgação, a difusão, enfim, a transmissão de mensagens quaisquer é, em consequência do conceito legal, prestar serviço de comunicação tributável pelo imposto estadual.

Só haverá incidência do ICMS quando se completar o negócio jurídico oneroso entre prestador e tomador (usuário) do serviço, isto é, quando o contratante, tomador do serviço, *in casu* o anunciante, **paga para ter disponíveis os meios aptos e necessários à realização** da comunicação.

Como resultado lógico do próprio conceito, **o requisito da onerosidade não está presente na radiodifusão, na relação emissora-telespectador.** A essa conclusão chegaram juristas pátrios do calibre de Hugo de Brito Machado e Roque Carrazza. Este último, diga-se de passagem, arrima-se em lição do Prof. Marco Aurélio Greco que já mereceu nota pública do próprio autor pela necessidade de revisão de seu entendimento quanto à intributabilidade da radiodifusão pelo ICMS.

O Prof. Alcides Jorge Costa também tem defendido a incidência do ICMS **sobre a veiculação de comerciais por emissoras de rádio e televisão**.

É falacioso o argumento de que, por se destinar a ser recebida direta e livremente pelo público em geral, a radiodifusão não é onerosa.

Há, diria, uma certa insistência incompreensível de alguns doutrinadores no reforço, na repetição e na solenização desse ponto.

Sequer há contrato de prestação de serviços entre emissora-telespectador. No entanto, a bilateralidade contratual e o ônus financeiro certamente estão presentes quando se analisa a **relação emissora-anunciante**, em referência à veiculação de comerciais.

Presentes nessa relação obrigacional estão as figuras do prestador (emissora) e a do usuário (ou tomador ou destinatário) do serviço, isto é, o contraprestador (o cliente, aquele que paga o preço).

Aliás, Hugo Machado, ao abordar o assunto, leciona:

"Parece-nos, porém, que relevante é saber quem remunera o serviço, pois tal circunstância é quem indica o destinatário deste (...) Destinatário do serviço não se confunde com destinatário do objeto transportado, ou da comunicação, constitui execução do contrato de prestação de serviço..."

Este serviço em que a emissora disponibiliza, a preço determinado, meios de comunicação (mídia) para divulgação de mensagens de terceiros é, indubitavelmente, serviço de comunicação, distinto e inconfundível com o serviço de publicidade.

O serviço não se completa com a recepção pelo telespectador, **mas pela transmissão da mensagem publicitária pela emissora** (alguns preferem o termo difusão). Esse é o contrato interessante ao Direito Tributário: **Usuário-Tomador-Anunciante X Prestadora-Emissora**.

Vale dizer que para a tributação não há necessidade de que os aparelhos receptores estejam ligados e/ou sintonizados no canal da emissora-prestadora do serviço.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, não há que se admitir argumentos como os que negam a tributação pelo ICMS dos serviços de radiodifusão, com base na alegação simplista de que *"há, na realidade, prestação de serviço de publicidade"*. Esse ponto é totalmente refutável, isto porque há dois serviços que devem ser considerados: **o primeiro é o de criação da peça publicitária e o segundo, o de sua veiculação.**

Também não cabe a alegação de que outros Municípios concedem talonários de notas fiscais relativas ao ISS, para *"Rádios Locais"*, pois o que realmente importa é a submissão aos preceitos legais e aos Princípios de Direito Administrativo e Tributário. Somente estes devem servir de parâmetro para a atuação da Administração Pública.

Ora, esta UCCI já teve oportunidade de se manifestar quanto a Lei de Publicidade e Propaganda, a qual já deixou muito clara a diferenciação entre a produção da publicidade e propaganda e sua divulgação.

Os arts. 1º a 3º da citada lei conceituam as figuras do publicitário, do agenciador de propaganda e da agência de propaganda (aquela que estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos de divulgação).

Já o art. 4º prescreve que veículos de divulgação *são quaisquer meios de comunicação visual e/ou auditiva capazes de transmitir mensagens de propaganda ao público.*

As emissoras de rádio e televisão são, obviamente, **veículos de divulgação** de propaganda e publicidade; **nunca, produtores**.

A publicidade propriamente dita (a produção e criação enquadrada no item 85 da Lista do ISS: Lei Complementar n.º 56, de 15 de dezembro de 1987) é feita pelas agências de propaganda **e não pela emissora de rádio ou TV. Estas apenas veiculam, divulgam, difundem, o que originalmente estava descrito no item 86 da Lista.**

Portanto:

- é de se **acolher o entendimento dos Inspectores Tributários do Município**, no que tange a competência para tributação ser dos Estados, através do ICMS;
- de conformidade com o art. 3º do Regulamento do ISSQN aprovado pela Lei 4330/01, **“contribuinte do imposto é o prestador do serviço”, pelo que somente estão obrigados a emitir notas fiscais de serviços os contribuintes do ISSQN.** Com efeito, as empresas que estão submetidas exclusivamente à tributação pelo ICMS **estão desobrigadas de expedirem o referido documento fiscal.** Em razão disso, o Fisco deste Município **não está obrigado a liberar autorizações para confecção de notas fiscais requeridas pelas pessoas jurídicas que atuam exclusivamente no serviço de radiodifusão;**
- não constituindo a atividade de serviços de comunicações fato gerador do imposto (ISS), as empresas que se dediquem unicamente a esse ramo de negócio não se submetem ao cumprimento de obrigações tributárias relativas ao ISSQN, motivo pelo qual o Fisco Municipal não pode estabelecer, no tocante especificamente a tais atividades, que a Empresa cumpra os dispositivos legais e regulamentares a que estão sujeitos os contribuintes do imposto. Logo, quanto a este Fisco, a empresa **pode expedir qualquer documento não dependente de sua autorização, para comprovar suas atividades operacionais;**
- diante do objeto de estudo aqui apresentado, infere-se que a matéria é bastante controvertida tanto em doutrina quanto em jurisprudência, vez que lida com demasiados conceitos do sistema jurídico, tais como do Direito Constitucional, Tributário e Administrativo, motivo pelo qual, em vista das controvérsias existentes a respeito da matéria, após realizado estudo mais aprofundado e por demais específico, entende esta UCCI que o presente parecer, apesar de conciso sobre os principais aspectos relevantes do tema, s.m.j, atentou para a observância dos princípios tributários, onde se deve observar que **se a atividade não sofre incidência de tributação pelo Fisco local, não há o que ser fiscalizado ou comprovado,** tendo em vista que o serviço não entra na lista de atividades tributáveis, **devendo ser considerado que isenção e não incidência são institutos totalmente diversos,** e, para o ISS o que existe, no caso específico é a não incidência;
- a não incidência do tributo leva em vista o impedimento por falta de uma norma legal definidora do fato gerador. Assim, se não há previsão legal de incidência tributável sobre os serviços, não se admite a ocorrência do fato gerador, e conseqüentemente a formação da obrigação tributária principal, **repetimos, no que tange ao ISS;** já quanto ao ICMS existe, tanto a hipótese de incidência, como o fato gerador, sendo tal tributo da competência Estadual.

Face ao exposto, em atendimento a presente consulta, s.m.j., somos do parecer que a Administração deve manter-se dentro dos ditames constitucionais e dos princípios de direito, bem como ao disposto na Legislação Municipal, abstendo-se de emitir uma autorização de documentação, a qual não tem incidência fiscalizadora.

É o parecer, s.m.j.

TEDDI WILLIAN FERREIRA VIEIRA
OAB/RS 54.868 – TCI - UCCI