

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO



REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO

ISSN 1413-7097

23

Diretor da Revista
Valdir de Oliveira Rocha

Diretora Financeira
Lidia Lobello de Oliveira Rocha

Diretora Comercial
Lêda Ferraz de Mendonça

Projeto Gráfico inicial de *Escrituras*
Editora, com alterações procedidas por
Phoenix e Dialética

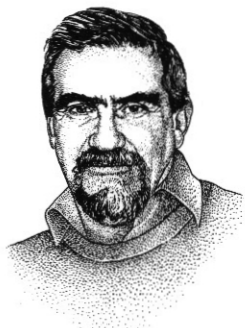
Capa (fundo)
Detalhe da obra
"100% Azul ou Quase",
de Marola Omartem

Ilustrações de faces dos autores
Fátima Lodo Andrade da Silva

Fotolito da Capa
Binho's

Impressão
Gráfica Palas Athena

(AGOSTO - 1997)



Antonio Henrique Amaral é o autor de A árvore, que figura em destaque na capa, e das seguintes obras reproduzidas nesta edição: Contra-bando (p. 10), O cálice (p. 27), Complot (p. 40), Vazamentos (p. 49), Sem título (p. 60), +1 carta (p. 63), Grande horizontal (p. 73), Multidão (p. 79), Gangue (p. 97) e Sextas-feiras (p. 112).



Uma publicação mensal de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.
Av. Bernardino de Campos, 327 - conj. 24
CEP 04004-050 - São Paulo - SP
Fone/fax (011) 284.2096 - 284.5362 - 284.5527

SUMÁRIO

Doutrina

- Aspectos fiscais de “cost-sharing agreement” - *Alberto Xavier* 7
- A contribuição do salário-educação, a repetição do indébito e a compensação - *Aroldo Gomes de Mattos* 25
- Compensação tributária - *Carlos Henrique Abrão* 42
- Imposto de renda: lucros, rendimentos e ganhos de capital oriundos do exterior - *Eivany A. Silva* 47
- O ICMS e a radiodifusão - *Hugo de Brito Machado* 58
- Salário-educação e os princípios da legalidade e da anterioridade - *Manoel Eugênio Marques Munhoz* 61
- Contribuição previdenciária - Lei Complementar nº 84/96 - divergências constitucionais - *Sérgio Luiz B. Presta* 71
- Obrigação da igreja perante a Lei Complementar nº 84/96 - *Wladimir Novaes Martinez* 77

Pareceres

- ICMS - não-cumulatividade - violação a convênio com eficácia de lei complementar - decreto que antecipa pagamento de ICMS antes da apuração do saldo devedor - *Ives Gandra da Silva Martins* 82
- ICMS - inconstitucionalidade da inclusão de seu valor, em sua própria base de cálculo - *Roque Antônio Carrazza* 94
- Contribuição previdenciária - avulsos - Lei 8.212 - impossibilidade de proceder à cobrança - *Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social* 111

O ICMS e a Radiodifusão

Hugo de Brito Machado

Em face da Lei Complementar nº 87/96, leva problema a questão de saber se o ICMS incide, ou não, na atividade de radiodifusão de som e de som e imagem (rádio e televisão).

O conceito de comunicação é excessivamente amplo. Não é, porém, a comunicação, que integra o âmbito de incidência do ICMS, mas o serviço de comunicação. Isto quer dizer que o *fato* relevante, o fato que pode ser colhido pelo legislador para definir a hipótese de incidência desse imposto, é o *serviço* de comunicação, e não a comunicação em si mesma. O fato de alguém comunicar-se com outrem não pode ser definido como gerador do dever de pagar o imposto.

Nem se pode considerar o conceito amplo de comunicação, porque é inadmissível a interpretação isolada da norma atributiva de competência tributária. Ao interpretá-la, tem-se de entender por comunicação aquela como tal designada pela Constituição Federal. A norma atributiva de competência tributária deve ser interpretada tendo-se em vista o elemento sistêmico, vale dizer, tendo-se em vista as outras normas da Constituição Federal que se reportam ao serviço de comunicação. Entre estas, a que assegura o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas¹, a que diz competir à União manter o serviço postal², explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações³, a que atribui competência privativa à União para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão⁴, e sobre serviço postal⁵, e a que atribui ao Congresso Nacional competência para dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre as que especifica, entre as quais telecomunicações e radiodifusão⁶.

O conceito de comunicação, assim, não inclui a atividade de considerada *serviço postal*, que pode ser entendida como o transporte de correspondência, nem aquela denominada



**Hugo de Brito
Machado**

*é Professor Titular de
Direito Tributário da
Universidade Federal
do Ceará.*

¹ Constituição Federal, art. 5º, inciso XII.

² Constituição Federal, art. 21, inciso X.

³ Constituição Federal, art. 21, inciso XI.

⁴ Constituição Federal, art. 22, inciso IV.

⁵ Constituição Federal, art. 22, inciso V.

⁶ Constituição Federal, art. 48, inciso XII.

radiodifusão. Não obstante os serviços postais, o transporte de correspondência, e os de radiodifusão possam ser considerados de comunicação, em sentido amplo, a referência específica àqueles, ao lado da referência a telecomunicações, em normas da Constituição, mostra que o constituinte fez uma distinção, no texto da Lei Maior, entre uns e outros, não considerando o serviço postal, nem o de radiodifusão, como espécies de serviços de comunicação, ou de telecomunicação.

Tudo o que couber no conceito antigo de serviço postal fica excluído do conceito de serviço de comunicação. Também a atividade de radiodifusão não se pode incluir no conceito de comunicação. Enquanto esta estabelece uma ligação entre quem comunica, e o destinatário da comunicação, aquela consiste na expedição de mensagem a destinatários incertos, não identificados. Consiste na difusão da mensagem, e não no envio desta a destinatário certo e determinado.

Há quem sustente que a radiodifusão é um serviço tributável, porque não é gratuito. Seria remunerado pelos interessados na publicidade, nos anúncios, na divulgação dos denominados *comerciais*. Sustentam que não se trata de prestação gratuita porque os que propiciam esse tipo de comunicação, seus verdadeiros tomadores, tais como as empresas comerciais e publicitárias, que desejam ver suas mensagens veiculadas nesses meios de comunicação, pagam e muito bem pelos serviços prestados⁷.

Não é bem assim, todavia. O serviço, no caso, é de publicidade, ou de propaganda, prestado por quem divulga as mensagens, aqueles aos quais essa divulgação interessa. Não se trata de comuni-

cação, no sentido jurídico constitucional, como demonstrado já ficou, posto que não se trata da transmissão de mensagens para destinatários identificados, e sim de uma forma de publicidade. Trata-se de um serviço que não é de comunicação, pois o servido não é o destinatário da mensagem. Servido, no caso, é o interessado na publicação. Na divulgação, ou difusão, da mensagem. A relação entre quem serve, e quem é servido, no caso, é de natureza estritamente local.

Por outro lado, entendida a radiodifusão como comunicação, vale dizer, se considerada a relação entre quem emite as informações, e quem as recebe, tem-se de concluir que essa prestação de serviços não é onerosa, mas gratuita, porque o destinatário da "comunicação", além de não identificado, nada paga por ela. Entendida a radiodifusão como serviço de comunicação, ter-se-á de entender que se trata de uma prestação não onerosa, que nos termos da lei não configura hipótese de incidência do imposto.

Mesmo sem negar que na transmissão de mensagens publicitárias pelas emissoras de rádio e de televisão, acontece uma comunicação, em sentido amplo, é indubitoso que o fato cabe de modo muito mais exato no conceito de publicidade e de propaganda. E havendo, como há, na Lei Complementar nº 56, a indicação de que esse serviço de publicidade e de propaganda é tributável pelo Município, não é razoável entender-se que se trate de hipótese de incidência do ICMS.

Ainda que se pudesse entender cabível no âmbito constitucional de incidência do ICMS a atividade de radiodifusão, ou emissão, para o público geral de som

7 Cf. Matheus Viana Neto, ICMS: A Lei Complementar nº 87/96 Interpretada, livro inédito, p. 26.

e de imagem, por ver-se nessa emissão uma forma de *comunicação*, o que se concede apenas para argumentar, inquestionável é que se trata de uma comunicação *não onerosa*, sendo à mesma aplicável, portanto, a norma explicitante da não incidência do ICMS.

Obviamente não nos estamos referindo à radiodifusão feita por emissoras com destinatários certos, como aconte-

ce com a denominada TV a cabo, ou TV por assinatura, em que o destinatário das mensagens é identificado, e remunera a atividade. Em tais casos, embora seja razoável entender-se que se trata de radiodifusão, e portanto não incide o ICMS, é razoável também entender-se que o imposto incide, porque se trata de comunicação onerosa, ou remunerada.

