

Tributário - Veiculação de Publicidade e Propaganda - Comentário

* www.plantaofiscal.net

A Constituição Federal é a fonte garantidora da competência dos municípios e do Distrito Federal para instituir, nos respectivos territórios, o imposto sobre serviços (CF, art. 156, III). A partir daí, obedecidas as regras estipuladas pela Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, é a lei ordinária municipal que propiciará o derradeiro instrumento legal para a cobrança do imposto sobre serviços (ISS).

Reportando-nos à Lei Complementar nº 116/2003, que disciplina a exigência do ISS pelos entes municipais, atualmente a lista de serviços contém as seguintes hipóteses de incidência, relacionadas direta ou indiretamente à publicidade e propaganda:

10.08 – Agenciamento de publicidade e propaganda, inclusive o agenciamento de veiculação por quaisquer meios.

17.06 – Propaganda e publicidade, inclusive promoção de vendas, planejamento de campanhas ou sistemas de publicidade, elaboração de desenhos, textos e demais materiais publicitários.

23.01 - Serviços de programação e comunicação visual, desenho industrial e congêneres.

24.01 - Serviços de chaveiros, confecção de carimbos, placas, sinalização visual, banners, adesivos e congêneres

Outra hipótese, muito próxima do que trazia a lista anterior, acabou sendo vetada pela Presidência da República. Trata-se do subitem 17.07 - Veiculação e divulgação de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade, por qualquer meio.

Não nos parece haver dificuldade na cobrança pelos municípios do ISS sobre o serviço de propaganda e publicidade (subitem 17.06), no seu agenciamento (subitem 10.08), ou nos demais serviços mencionados. O que não se poderia dizer sobre a veiculação de materiais de propaganda e publicidade.

O fato de essa hipótese ter sido excluída da lista de serviços atual, e também da jurisprudência dos tribunais superiores firmarem o entendimento quanto à taxativa a lista de serviços, não há margem favorável aos municípios para a exigência do ISS no momento. Porém, em um futuro próximo, essa hipótese poderá vir a ser acrescentada ao rol de serviços. Esse é um indicativo do Projeto de Lei Complementar nº 386/2012, ainda em tramitação no Senado Federal, que propõe a seguinte hipótese:

17.25 – Inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade, em qualquer meio (exceto em livros, jornais, periódicos e nas modalidades de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita).

Interessante notar que, na vigência da lista anterior (LC nº 56/1987), os municípios tributavam a veiculação e divulgação de textos, desenhos e outros materiais de publicidade, por qualquer meio, exceto em jornais, periódicos, rádio, e televisão (item 86). Talvez para evitar qualquer possibilidade de conflito com os serviços de comunicação, o projeto de lei complementar citado se refere à inserção de materiais de propaganda e publicidade em qualquer meio. E não mais veiculação.

Por hora, os municípios devem se resignar e não promover a cobrança do ISS sobre a veiculação de materiais de propaganda e publicidade, bem como não instituir obrigações acessórias sobre essa modalidade, salvo as relativas ao cumprimento das normas ambientais, de postura e segurança.

Outro detalhe que acirra o debate é se os estados, ao verem escapar dos municípios a tributação da matéria, teriam a força constitucional para suprir a lacuna e exigir a seu favor o ICMS sobre a veiculação de textos e materiais de propaganda, sob o argumento de estarem no âmbito dos serviços de comunicação.

Particularmente preferimos a linha do professor Roque Carraza, para quem o Estado não pode simplesmente ocupar o lugar deixado pelos Municípios:

“(...) para que surja o dever de recolher o ICMS há de haver uma intermediação onerosa entre o emissor e o receptor da mensagem. Adiantamos que não se confundem com os serviços de comunicação não podendo, destarte, ser tributados por meio de ICMS os serviços de propaganda, ainda que levados a efeito por empresas ligadas ao setor de comunicações. Afinal, o que se tributa por meio de ICMS são as prestações de serviços de comunicação, e não as prestações de quaisquer serviços por empresas de comunicação. Positivamente, a simples divulgação de propaganda e publicidade (por outdoors, banners, painéis, alto-falantes, emissoras de rádio, emissoras de televisão, internet, etc.) não tipifica prestação de serviço de comunicação, seja porque a empresa que a realiza não coloca à disposição de terceiros os meios e modos para que troquem mensagens, seja porque o destinatário não é identificado, ou seja, ainda porque não interage com o emissor. (CARRAZA, Roque Antonio. ICMS. São Paulo: Malheiros, 2012. pág. 229).

Mas, por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça parece encaminhar a questão de outro modo, como se observa do excerto abaixo:

“(...) Nos termos da jurisprudência do STJ, o critério para definição da incidência de ICMS ou ISS nestes casos não é a predominância da atividade desenvolvida, mas a lista de serviços expressamente previstos na Lei Complementar n. 116/2003. Se o serviço envolvido na operação estiver compreendido nessa lista, incide o ISS, caso contrário, incide o ICMS.” (STJ - EDcl no AgRg no AREsp 464154/SP, DJe 24/10/2014).