
OS SERVIÇOS DE TELEMARKETING E A TRIBUTAÇÃO PELO ISSQN

Ana Carolina Silva Barbosa

Sócia do Homero Costa Advogados

A evolução tecnológica tem reflexos diretos na organização das empresas. É neste contexto que vimos o crescimento das atividades e ramos de atuação explorados pelo telemarketing:

***Telemarketing** é o termo que designa a promoção de vendas e serviços por telefone. Atualmente, o termo foge deste corpo, ao abranger também cobranças e outros serviços, como atendimento ao consumidor e o suporte técnico, por telefone.*

O telemarketing é feito por empresas especializadas trabalhos de divulgação e de orientação aos clientes de vários segmentos do mercado, sendo praticado em grandes ambientes denominados call centers ou centrais de atendimento, chamadas de SAC, que significa serviço de atendimento ao cliente, permitindo variantes, como o SAT, serviço de atendimento ao telespectador.

(Wikipédia) <http://pt.wikipedia.org/wiki/Telemarketing>

Não é difícil compreender o crescimento das empresas de teleatendimento. A atividade não demanda estrutura empresarial complexa, nem formação específica dos funcionários, admite diferentes jornadas de trabalho, proporcionando vagas de emprego a profissionais de todas as idades, inclusive em primeiro emprego.

A criação de postos de trabalho por sua vez é fundamental para o crescimento da economia. Atentos a este ramo de atividade, os Municípios têm se movimentado na tentativa de desonerar a tributação destes serviços e atrair novas empresas.

Desde julho de 2013 as empresas de call center localizadas no Município de São Caetano do Sul, no Estado de São Paulo, são tributadas pelo ISSQN – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza à alíquota mínima permitida de 2% (dois por cento).

A redução da alíquota de 5% (cinco por cento) para 2% (dois por cento) promovida pelo Município de São Caetano do Sul não foi considerada como renúncia tributária, pois nas palavras do Secretário de Desenvolvimento e Relações de Trabalho de São Caetano "o setor vai gerar mais empregos e renda (empresas trazem mais funcionários que consomem na cidade e também ajudam a gerar tributos).¹"

Com os mesmos fundamentos e objetivos o Prefeito Márcio Lacerda defende junto à Câmara Municipal de Belo Horizonte, Minas Gerais, o Projeto de Lei nº 439/13, que reduz a alíquota do ISSQN para as empresas de teleatendimento para 2% (dois por cento)², ainda em tramitação.

Mas a redução da alíquota de ISSQN para as atividades de telemarketing esconde outra situação, ligada à base de cálculo do imposto, que parece mais difícil de ser solucionada.

De acordo com o art. 153 da Constituição Federal de 1988 compete aos municípios instituir impostos sobre: III - "serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar". (sem grifos no original)

Sendo esse quadro constitucionalmente disposto, não pode ser alterado por lei, seja complementar ou ordinária, sob pena de se desconsiderar a rigidez constitucional.

Na linguagem comum "serviço é ato ou efeito de servir, de dar de si algo em forma de trabalho."³ Na linguagem jurídica em geral, anota Maria Helena Diniz, serviço quer dizer o "exercício de qualquer atividade intelectual ou material com finalidade lucrativa ou produtiva."⁴

Maria Helena Diniz⁵ ainda ressalta que a obrigação de fazer é aquela que vincula o devedor a prestação de um serviço como ato positivo, ou seja, seria aquela que se cumpre através de um esforço humano:

1

http://www.investesaocaetano.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=214:aliquota-iss-para-call-center&catid=44:noticias&Itemid=339

²<http://www.cmbh.mg.gov.br/noticias/2013-09/reducao-de-imposto-para-empresa-de-cobranca-call-center-e-tema-de-audiencia-publica>

³ Dicionário HOUAISS. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 20001, p. 2559.

⁴ DINIZ, Maria Helena. 'Dicionário Jurídico'. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 311.

⁵ DINIZ, Maria Helena, 'Curso de Direito Civil Brasileiro', Saraiva, 9ª ed., 2º vol., 1995, p.85

*"A obrigação de fazer é a que se vincula o devedor à **prestação de um serviço como ato positivo, material ou imaterial**, seu ou de terceiro, em benefício do credor ou de terceira pessoa."* (sem grifos no original)

Em Direito Tributário não se admite a aceitação de ficções jurídicas ou a integração analógica com o objetivo de alargar a imposição tributária. Em outras palavras, o que não é serviço não pode ser transformado em serviço para fins de tributação pelo ISSQN.

Este limite já foi estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal quando decidiu que a locação de imóveis ou móveis não é prestação de serviços, pois não se trata de uma obrigação de fazer e sim de dar (RE nº 116.121/SP), destaca-se:

"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.

(RE 116121 / SP - SÃO PAULO, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 11/10/2000, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 25-05-2001 PP-00017, EMENT VOL-02032-04 PP-00669)

As empresas de telemarketing possuem diversas despesas para consecução dos serviços que, apesar de serem reembolsadas por seus clientes, compõem a base de cálculo do ISSQN, uma vez que os Municípios entendem que estas receitas não poderiam ser excluídas.

A interpretação restritiva dos Municípios acerca da base de cálculo do ISS pode ser evidenciada pela Resposta à Consulta SF/DEJUG nº 4/2010, de autoria da Prefeitura de São Paulo, que diz:

"4. De acordo com o artigo 14 da Lei nº 13.701, de 24 de dezembro de 2003, a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, como tal considerada a receita bruta a ele correspondente, sem nenhuma dedução, excetuados os descontos ou abatimentos concedidos independentemente de qualquer condição.

4.1. No cômputo do preço do serviço são incluídas as despesas, ordinárias ou extraordinárias, reembolsáveis ou não, necessárias à execução da sua atividade, tais como aluguéis, transporte, taxas devidas, passagens, alimentação e outras relativas ao serviço prestado. Portanto, representa tal preço o total desembolsado pelo contratante (tomador) para obter a execução do serviço por parte do contratado (prestador).

5. Desta forma, o ISS incide sobre o valor total recebido pela consulente, sob a denominação de reembolso de despesas ou qualquer ou qualquer outro título, para executar a atividade de prestação de serviços contratada, havendo a obrigatoriedade de emissão da Nota Fiscal Eletrônica de Serviços."

O Superior Tribunal de Justiça possui diversos julgados específicos com relação aos valores reembolsados e a sua consideração na base de cálculo do ISSQN, destaca-se:

TRIBUTÁRIO. ISS. BASE DE CÁLCULO. PREÇO DO SERVIÇO. DESPESAS REFERENTES A VALORES QUE SERÃO REPASSADOS A TERCEIRO E POSTERIORMENTE REEMBOLSADOS. NÃO INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO.

I - A base de cálculo do ISS é o preço do serviço, não sendo possível incluir nesse valor importâncias que não serão revertidas para o prestador, mas simplesmente repassadas a terceiros, mediante posterior reembolso. Precedentes: REsp nº 411.580/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 16/12/02 e REsp nº 224.813/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 28/02/00.

II - Recurso especial improvido.

(REsp 618772/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 19/12/2005, p. 217)

Ora, se o ISSQN só pode ter como base de cálculo do valor de um "serviço" que é prestado, ou seja, a prestação de uma utilidade, uma obrigação de fazer, é **o valor desta prestação** que deverá servir de base de cálculo para a sua incidência.

Esta interpretação restritiva dos Municípios amplia a base de cálculo do tributo de maneira ilegal e inconstitucional, e deve ser questionada pelos contribuintes.