

A DISPUTA PELA FATIA DA ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA NA INTERNET

Gilberto Marques Bruno

(I) INTERNET - O Promissor Mercado de Arrecadação Tributária:

A rede mundial de computadores (Internet), vem sendo responsável por um elevado volume de investimentos e negócios, gerando um novo segmento de mercado em crescente expansão. O país apresenta de acordo com estatísticas, um dos maiores contingentes de internautas do mundo, sem se falar no considerável número de usuários em potencial, cujo crescimento é tão rápido, quanto a agilidade utilizada na veiculação de informações.

Celeridade na comunicação, facilidade dos meios de acesso, comodidade na aquisição de bens e serviços, e uma elevada gama de benefícios que incorporados ao dia a dia, conferem ao *internauta* a possibilidade de estar em contato com o mundo inteiro em sair de sua casa ou de seu escritório, são aspectos que somam positivamente para que o setor se torne cada vez mais atraente, ampliando assim, o volume de investimentos. Porém, se de um lado nasceu a possibilidade de um sensível aumento de lucratividade, de outro nos deparamos com o interesse do Fisco, que passou a visualizar um promissor “**mercado de arrecadação tributária**”.

Esse “*mercado*”, em sua grande parte ainda carece de disposições de natureza legal, que possam estabelecer qual o tratamento tributário das operações realizadas nos diferentes aspectos que integram a rede mundial de computadores.

(II) A Guerra entre os Estados e os Municípios pela arrecadação:

Até onde se tem conhecimento, um dos pontos mais polêmicos na questão da tributação, reside no fato de que os Estados e os Municípios estão travando uma forte batalha, no sentido de chamar para si, o direito de abocanhar a maior fatia de arrecadação proveniente do mercado do “*world wide web*”.

Certamente, ao se adentrar nesta seara, muitas são as perguntas e dúvidas que se apresentam quanto a tributação, como por exemplo: **Quais as operações passíveis de tributação ? Qual o tributo incidente ? ICMS ou ISS ? Quem vencerá essa batalha no campo do ciberespaço ?**

(III) A Necessidade de Identificação da natureza jurídica do serviço prestado:

Entendo que o primeiro aspecto que deve ser observado, está respaldado no **exame da natureza jurídica do serviço prestado** e, por consequência na **sua exata distinção**, para que sejam identificados os campos de incidência tributária.

Como se sabe, nos termos da Carta Constitucional de 1988, cumpre a União Federal estabelecer as normas gerais em matéria de natureza tributária, definindo assim, os tributos, suas espécies, os respectivos fatos geradores, as bases de cálculo, os sujeitos da relação jurídico - tributária e outros. Competência essa, que até então não foi exercida no que tange a internet. E, enquanto isso, nascem rapidamente, novos provedores de acesso, novos sites, novos negócios, enfim inúmeras atividades estão sendo desenvolvidas no campo do “ world wide web “.

(IV) O Enquadramento dos Provedores de Acesso: Qual a sujeição tributária ? ICMS ou ISS ?

Pensando mais especificamente, no caso dos provedores de acesso, que funcionam basicamente como o elo de ligação entre o internauta e o mundo virtual, nascem inúmeras dúvidas, para que sejam determinados os aspectos relativos a tributação, tais como: ***Estamos diante de um serviço de comunicação, ou se trata de mera prestação de serviços ?***

Conforme previsão contida no texto constitucional, ***a competência para instituir imposto sobre comunicação é outorgada aos Estados e ao Distrito Federal.*** E nessa linha os Governos Estaduais, entendem que os provedores de acesso à internet, estão sujeitos ao ICMS, na categoria de ***imposto sobre a prestação de serviços de comunicação, ainda que a prestação tenha se iniciado no exterior.***

De outra parte, tem-se que, com o advento da privatização do sistema de telecomunicações, a *Lei Federal n.º 9.472, de 16 de julho de 1997*, que veio para disciplinar a organização dos serviços de telecomunicações, estabeleceu uma série de conceitos e definições, dentre os quais, a distinção entre serviço de telecomunicações e serviço de valor adicionado (*artigo 61, caput*).

Da análise do texto legal, observa-se que o serviço de valor adicionado, *é a atividade que acrescenta novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, a um serviço de telecomunicações, lhe dando suporte, e com ele não se confunde.*

Já no seu § 1.º, afirma textualmente que ***o serviço de valor adicionado, não constitui serviços de telecomunicações, classificando-se o seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte***, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

Sob esse prisma, me parece coerente dizer que não se pode caracterizar a figura do provedor, na categoria de *prestador de serviços de telecomunicação*, logo, se sua natureza jurídica estiver voltada a condição de usuário, inexistente a ocorrência da hipótese incidência ensejadora da obrigatoriedade de recolhimento de ICMS, cabendo-lhe apenas as obrigações tributárias correlatas à todos aqueles que se utilizam de tais serviços, na qualidade de consumidores finais.

Todavia, esse pensamento não é esposado pelo *Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ)*, que firmou entendimento no sentido de que a prestação do serviço de acesso a internet, tem natureza de serviço de telecomunicação, e como tal está sujeita a incidência do *Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)*.

Logo, resta evidente que na disputa pela maior fatia da arrecadação, os Estados não estão dispostos a perder a oportunidade de explorar o seguimento do “ www “, como excelente e promissor meio de ampliação das suas receitas tributárias.

Mas e se o provedor de acesso fosse considerado como simples prestador de serviços, e usuário dos serviços de telecomunicações, não estaria ele sujeito a ser tributado pelo Imposto sobre Serviços (ISS), cuja competência como se sabe, é de natureza municipal ?

Estariam os municípios, diante da possibilidade de ampliar suas receitas tributárias, dispostos a abrir mão dessa fatia ?

Convém lembrar, que apenas os contribuintes, cujos serviços estiverem relacionados por lei, é que sujeitar-se-ão ao pagamento de ISS, e até onde se sabe, me parece que os provedores de acesso à internet, não se encontram inseridos nesse contexto, razão pela qual, penso que a eventual cobrança por parte dos municípios, estaria fadada ao insucesso, pois seria absurdo pensar na cobrança de atividade que não se encontre prevista em lei.

(V) Correntes sob o prisma do Direito Tributário:

Sob o prisma do Direito Tributário, atualmente existem 03 (três) linhas de pensamento, quanto as operações realizadas pelos provedores de acesso à internet, quais sejam:

- a) tributadas pelo *Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)*, por serem consideradas como serviço de comunicação propriamente dito, nos termos do entendimento firmado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ);
- b) tributadas pelo *Imposto sobre Serviços (ISS)*, por serem consideradas como serviços de valor adicionado nos termos da Lei Geral das Telecomunicações;
- c) insuscetíveis de tributação pelo simples fato de que essa nova realidade, ainda não foi objeto de apreciação pelo legislador.

(VI) Conclusão:

Me parece que, enquanto não houver lei (*seguindo processo legislativo próprio, previsto na Carta Constitucional*), que as exigências tributárias seriam passíveis de discussão, contudo não se pode esquecer, que os agentes da arrecadação, poderão exigir que os provedores de acesso à internet, se subordinem as regras estabelecidas pela própria arrecadação tributária, e, em tais circunstâncias, caberá apenas e tão somente ao Poder Judiciário, dizer a quem cabe o direito !

Gilberto Marques Bruno

GILBERTO MARQUES BRUNO – Advogado do escritório DEMAREST & ALMEIDA Advogados em São Paulo – É Tributarista e especialista em Direito Empresarial, Direito Público e Direito sobre Internet – Foi Diretor da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região São

Paulo (1997/1999) – É Pós-Graduado em Direito Empresarial (lato sensu) e Direito Tributário (stricto sensu) pelo Centro de Estudos e Extensão Universitária das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) 1.ª Turma - Membro Efetivo da Comissão de Defesa do Consumidor da Secção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil – Membro Colaborador da Comissão Especial de Informática Jurídica da Secção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil - Membro do Instituto Jurídico da Associação Comercial de São Paulo - Professor do Curso de Pós-Graduação em E-Business do Instituto Brasileiro de Pesquisa em Informática (The Internet School) da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UNIRIO - É conferencista do Institute International Research do Brasil (IIR), possui inúmeros ensaios de direito tributário e direito sobre internet publicados em revistas especializadas nacionais e internacionais, e websites especializados em direito tributário e direito sobre Internet, tecnologia e segurança de informações nacionais e estrangeiros - É Colaborador da Revista Electrónica de Derecho Informático – R.E.D.I. (América Latina e Espanha).

gbruno@bol.com.br/gbruno@adv.oabsp.org.br