

Apetite fiscal

A tributação de provedores de acesso à Internet no país

Bruno Suassuna Carvalho Monteiro*

A competitividade e a concorrência impõem novos desafios a serem encarados e novas conquistas a serem perseguidas, numa incessante luta em busca do sucesso e da excelência tanto no que se refere à produção como no âmbito de prestação de serviços.

Esta tarefa, no entanto, tem se mostrado cada vez mais árdua em face do cenário econômico atual, sobretudo em razão da elevada carga tributária imposta pelo nosso Governo. Os tributos representam atualmente, mais de 35% do PIB nacional, um índice elevadíssimo que impede o crescimento e o desenvolvimento empresarial do país. Ocorre que muitas das vezes, e não são poucas, estes tributos são indevidos, em razão de desrespeitarem normas e princípios de ordem constitucional ou por se confrontarem com outras leis de hierarquia superior.

A chamada "Nova Economia", desenvolvida através da Internet e recheada de enormes investimentos alocados ao mundo virtual, vem despertando grande interesse governamental na tributação das várias atividades ali desenvolvidas, em destaque a atividade dos Provedores de Acesso à Internet.

Porém, esse mercado promissor de arrecadação de tributos, em sua grande maioria ainda não encontra disposição legal de enquadramento tributário. Enquadramento este que é estipulado pela Constituição Federal que institui que somente cabe à União, "mediante lei", definir os fatos geradores de impostos federais, estaduais e municipais, não sendo passíveis de cobrança quando não obedecida a regra constitucional.

A despeito deste cenário, o STJ proferiu decisão no sentido de que "Os provedores de conexão à Internet efetivamente prestam serviços de comunicação (art. 155, II, da CF/88), colocando à disposição do cliente usuário os meios necessários para a transmissão de informações, mesmo que para tanto tenham que utilizar backbones de outras empresas. Há incidência de ICMS sobre essa atividade na medida em que a relação entre provedor e usuário tem natureza negocial e o art. 2º da LC n. 87/96 determina que qualquer serviço oneroso de comunicação está sujeito ao pagamento daquele tributo. Note-se que não se trata de serviço de valor adicionado (art. 61 da Lei n. 9.472/97)". (REsp 323.358-PR, Rel. Min. José Delgado, julgado em 21/6/2001).

Face esta decisão, o Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, em 06.07.2001, firmou o Convênio ICMS nº78/2001 (DOU de 12.07.2001), versando sobre a cobrança do ICMS nas atividades dos provedores de acesso à internet.

Em que pesem os argumentos utilizados na referida decisão do STJ, não vemos, ante a nossa atual legislação, como os serviços de provimento de acesso à internet possam ser caracterizados como serviços de comunicação, passíveis da cobrança do ICMS.

O ponto nodal da questão é saber acerca da natureza da atividade desenvolvida pelos Provedores de Acesso à Internet, e neste sentido podemos asseverar que os Provedores não prestam nenhum serviço de comunicação, apenas se utilizam do serviço de comunicação já existente, não se enquadrando, portanto, no fato gerador da cobrança do ICMS.

A atividade desenvolvida pelos Provedores é considerada, segundo a Lei de Telecomunicações (Lei nº9472/97, art.61), uma categoria autônoma de serviços, designados como "serviços de valor adicionado", definidos estes como "atividade que acrescenta novas utilidades aos serviços de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação e, movimentação ou recuperação de informações".

Felizmente, este entendimento vem sendo corroborado pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, através da Consulta Pública nº417, atualmente em curso. Através desta Consulta a ANATEL tem debatido e discutido os principais pontos da Proposta de Regulamento para o Uso de Serviços e Redes de Telecomunicações no Acesso a Serviços de Internet. Esta proposta de regulamento especifica os objetivos e as definições para a adequada interpretação da norma, bem como os principais direitos e deveres dos Provedores de Acesso a Serviços de Internet (PASI).

Conforme o artigo 6º da Consulta Pública nº417, o acesso à internet não será considerado serviço de comunicação. Noutras palavras, os Provedores de Acesso à Internet não serão reputados como prestadores de serviços de telecomunicações. "Serviço de Provedor de Acesso à Internet é Serviço de Valor Adicionado", segundo enfatizou o Superintendente de Universalização da ANATEL.

Este fato se mostra de salutar importância para a correta interpretação acerca da natureza jurídica do serviço. Pois, uma vez que a ANATEL, que é o órgão regulador e fiscalizador da atividade define, com conhecimento técnico acerca da questão, a natureza da atividade como sendo serviço de valor adicionado, não poderá jamais o legislador tributário ou o Judiciário desvirtuar esta definição sob pena de desobedecer o preceito legal contido no artigo 110 do Código Tributário Nacional o qual estabelece que a "lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e forma de direito privado, utilizados, expressa, ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."

Como se não bastasse por si só o argumento acima, nossa Constituição estabelece que os serviços de telecomunicações serão explorados diretamente pela União ou por particular mediante concessão da União(CF/88 - art.21 e Lei 9472/97 - art.83 e art.88). Ora, de logo, verifica-se que os serviços de provedores de acesso à internet não dependem de concessão da União, haja vista que não são reputados como de comunicação.

Por fim, ressaltamos que o cliente usuário do serviço de acesso, já paga em sua conta telefônica, ICMS pela utilização do serviço de comunicação. Assim, a cobrança do mesmo imposto sobre a mesma operação representa bitributação, a qual é vedada por nosso ordenamento jurídico.

Desta forma, não conseguimos conceber a caracterização dos serviços de provimento de

acesso como serviços de comunicação, conforme decisão proferida pelo STJ. Esperamos, tendo em vista a não obrigatoriedade da vinculação dos julgamentos às decisões judiciais de nossos Tribunais Superiores, que este posicionamento do STJ possa ser revisto e modificado, adequando-se à realidade fática.

Entendemos que a falta de previsão legal das atividades desenvolvidas pelos provedores de acesso impede a incidência de tributação, cabendo ao Poder Judiciário dirimir os conflitos advindos de incabível interpretação provocada pelo apetite de receitas fiscais por parte do Poder Público.

A sanha fiscal do Governo, que numa voracidade desmedida "abocanha" uma considerável parcela do rendimento e receita das empresas, pode e deve ser combatida pelos contribuintes, pois somente assim estabeleceremos bases sólidas e concretas para o desenvolvimento econômico empresarial no Brasil.

Revista Consultor Jurídico, 7 de fevereiro de 2003.

Bruno Suassuna Carvalho Monteiro é advogado pós-graduado em Direito Empresarial e sócio do escritório Chaves Lopes & Costa e Silva Advogados Associados