

DIREITO TRIBUTÁRIO NA INTERNET

Thaiz Helena Pessoa dos Santos¹ e Fernando Proença²

1- Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – Universidade do Vale do Paraíba – Av. Shishima Hifume, 2.911 – Urbanova – 12.244-000 – São José dos Campos – SP – Brasil – thaizhps@hotmail.com

2- Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – Universidade do Vale do Paraíba – Av. Shishima Hifume, 2.911 – Urbanova – 12.244-000 – São José dos Campos – SP – Brasil – proi@uol.com.br

Palavras-chave: Internet, Tributação, ICMS, ISS.

Área do Conhecimento: VI - Ciências Sociais Aplicadas

RESUMO - Com o desenvolvimento tecnológico, várias áreas vêm sendo afetadas, o que se constata desde os primórdios até a atualidade, e hoje em dia podemos citar o uso da internet como um grande avanço tecnológico. O presente artigo visa à análise das operações que envolvem serviço de acesso à internet, com o objetivo de identificar a tributação ao qual se submete este serviço. Essa tributação tem gerado muitas polêmicas. Centramos nossa atenção para a disputa que surge entre Estados e Municípios decorrente da dificuldade na identificação da finalidade de tais operações. Trata-se de prestação de serviços alcançados pela incidência do ICMS ou do ISS? A competência para tributar as operações realizadas na Internet deve ser identificada a partir de uma análise constitucional. Com isso, por meio de lei, criar-se-ão tributos que determinará a qual ente público caberá a respectiva instituição e cobrança. Definiremos, também alguns termos importantes para a análise da questão. Diante das questões, analisaremos como a legislação ampara cada ente público, e assim construiremos nosso artigo científico a respeito do tema.

OBJETIVO

O presente artigo tem como objetivo analisar e conceituar alguns termos ligados à tributação do serviço de acesso à internet e também identificar o regime jurídico tributário ao qual se submetem.

INTRODUÇÃO

O mundo vem passando por grandes transformações econômicas, políticas e sociais, com o Direito não é diferente. O Direito responde as necessidades da sociedade, as suas transformações, e se adapta de acordo com essa necessidade. Hoje temos grandes transformações como a genética, a internet entre outros. O que será abordado neste artigo são reflexões sobre a possibilidade de tributar o serviço de comunicação na internet. Sobre esse tema tão recente surge várias discursões, como, por exemplo, à expressão “serviço de comunicação” contida no artigo 155, inciso II da Constituição Federal de 1988. Pode ser o provedor de acesso a internet um serviço tributado? Se tributado, poderá ser aplicado o ISS ou ICMS? São questões difíceis e já discutidas por doutrinadores de renome, muitos se dividem se realmente é um serviço o provedor de acesso à internet, outros já discutem qual o tributo a ser aplicado. O que

tentaremos neste artigo é passar breves conceitos sobre o tema abordado e algumas reflexões, com a finalidade de verificarmos o que atualmente ocorre sobre este aspecto na internet.

NOÇÕES DE TRIBUTO E TRIBUTAÇÃO

Conforme estabelece o art. 3º do Código Tributário Nacional, “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Diz-se que a obrigação é compulsória, obrigatória, porque ela decorre diretamente da lei. A vontade do contribuinte é irrelevante e por isso até mesmo os incapazes podem ser sujeitos passivos das obrigações tributárias. O tributo não constitui sanção a ato ilícito, quer dizer que a regra da hipótese de incidência é sempre algo lícito. O tributo, portanto, não é multa. A multa tem por pressuposto o descumprimento de um dever jurídico e por finalidade evitar comportamentos nocivos à ordem jurídica, via sanção, enquanto o tributo tem por pressuposto um fato lícito. A tributação pode ser definida como a imposição de Órgãos Públicos de uma contribuição genérica, de natureza fiscal, que tais órgãos exigem dos particulares com capacidade

tributária e da qual o imposto, a taxa e a contribuição de melhoria são espécies. Para cada imposto temos uma competência no caso do ICMS é de competência dos Estados e o ISS é de competência dos Municípios. A Constituição Federal de 1988 de seu art. 155, II, aumentou a incidência dos impostos de competência dos Estados e do Distrito Federal, fazendo com que o serviço de comunicação fosse também alcançada por ela. Já o ISS tem uma lista de Serviços onde as operações efetuadas por provedores da internet não estão ainda nela contidas, mesmo que esteja fora do campo de incidência do ICMS. Para que um órgão público possa instituir e cobrar os tributos de sua competência é preciso que o faça por intermédio de lei.

COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E FATO GERADOR

Da discriminação das rendas tributárias surge a Competência Tributária, ou seja, quem pode tributar, uma vez que a Constituição Federal diz quais impostos caberiam a cada entidade tributante e ainda outorga-lhes competência para criar seus impostos, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição Federal. O conceito de fato gerador está definido no Artigo 114 do Código Tributário Nacional "Fato Gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência", ou seja, fato gerador acontecimento material provocador da obrigação.

DO ICMS

O ICMS - Imposto de Circulação de Mercadoria e Serviço, segundo a nossa Constituição, recai sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, mesmo se tratando de operações e prestações que iniciem no exterior. O ICMS é de competência Estadual e do Distrito Federal, cada Estado e o Distrito Federal têm um regulamento, bem como suas alíquotas são diferentes para cada tipo de produto. É um imposto não cumulativo, isto é, o valor pago em uma operação (compra), poderá ser compensado (abatido) do valor a pagar da operação subsequente (vendas). O ICMS é considerado imposto "por dentro", o que equivale dizer, que o seu valor está incluso no valor das mercadorias.

DO ISS

No Brasil o ISS teve início a partir da Emenda Constitucional nº 18, em primeiro de Dezembro de

1965, inserido na competência municipal. A função do ISS é predominantemente fiscal, ou seja, arrecadar recursos financeiros para o município. A causa da obrigação tributária é a Lei, mas a obrigação de pagar tributos só surge com a ocorrência do fato gerador. O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS tem como fato gerador a prestação de serviço, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, constante na lista de serviços contida na Lei Complementar 56/87. Em se tratando de ISS, uma questão é constante em sua aplicação, onde é devido o imposto, no local da prestação do serviço ou onde se encontra o estabelecimento? Recentemente o Superior Tribunal de Justiça pacificou que sua incidência acontece no local da prestação de serviço.

ASPECTOS RELEVANTES A CF/88

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 155, inciso II, utiliza-se do vocábulo "comunicação", e está assim redigido: "Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior". O que devemos entender e refletir com cautela sobre o tema abordado é se o significado da expressão "serviço de comunicação" pode ser ela aplicada a um provedor de acesso à internet para fins de tributação pelo ICMS. Entendemos de primeiro plano, ser a comunicação um ato de transmitir, receber, emitir mensagens, quer por meio da linguagem falada ou escrita, quer de outros sinais, signos ou símbolos, quer de aparelhamento técnico especializado, sonoro e/ou visual. Ives Gandra da Silva Martins, explica o significado de "comunicação" que a Constituição Federal aborda, vejamos: "Não cuidou o legislador supremo de atingir o conteúdo da comunicação, mas o serviço que a permite, ou seja, o veículo que, com intuito econômico, objetiva viabilizar a comunicação de massa (social) ou a comunicação privada ou particular". "Qualquer serviço de comunicação pode ser tributado pelo ICMS? Entendo que não. Apenas a comunicação que se faz por veículo posto à disposição com intuito econômico". "Em outras palavras, não basta à *comunicação* é necessário haver prestação de *serviço*" para que a comunicação se faça e esse serviço é que pode, conforme a hipótese, deflagrar a incidência do tributo."(p. 44 e45, *Tributação na Internet*)".

PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET

Esse serviço possibilita ao usuário a conexão junto à Internet. O usuário acessa um provedor, através de um serviço de telecomunicação, que o conecta a rede mundial de computadores. Provedores de acesso à internet apenas viabilizam o caminho dos usuários à informações da rede, não se constituindo tal atividade serviço de telecomunicação ou de comunicação. Considerando que esses provedores prestam serviços e com isso há uma cobrança de uma quantia mensal dos seus usuários, portanto, os entes públicos querem tributar essa prestação. No entanto cabe a todos a indagação, a qual ente público pertence o direito de tributar essa prestação? Este serviço (provimento de acesso) é de valor adicionado que é uma atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, e com o qual não se confunde com o serviço de comunicação.

CONCLUSÃO

A internet é uma atividade ou fato novo e, por isso, o legislador não previu a sua tributação. Em se tratando de serviço de provedor de acesso à Internet, não há incidência do ICMS, pois este, não é considerado um serviço de comunicação, e sim um serviço de valor adicionado ao serviço de telecomunicações, este sim tributado pelo ICMS. Julgamos que não existe um duplo serviço de comunicação, ou seja, um prestado pela empresa de telecomunicações e outro prestado pelo provedor de acesso. De outro lado, o provimento de acesso à Internet não consta no rol de serviços contido na Lei Complementar 56/57, e, portanto, não pode ser tributado pelo ISS, pelo menos até que seja nele inserido. Ora, entende-se que, a lista de serviço é taxativa e a suposta interpretação por analogia, que cria tributo sobre serviços não expressamente descritos nela, fere o princípio da legalidade, tributando, sem a existência de lei que o estabeleça, fatos econômicos não alcançados pela incidência do ISS. Então, através de sua aptidão legislativa, União, Estados, Distrito Federal e Município, por meio de lei, terão que instituir o tributo que determinará a qual ente público caberá a respectiva instituição e cobrança. É preciso que os entes tributantes estejam conscientes de que o estabelecimento ou o aperfeiçoamento das regras de tributação deste tipo de comércio deve guardar sintonia com encaminhamento que a questão vem sendo objeto no plano internacional, uma vez que o comércio eletrônico possui uma natureza competitiva global que levará as empresas que queiram se estabelecer no setor buscar abrigo em paraísos fiscais ou em países com tributação mais favorecida, caso encontrem barreiras no próprio mercado que queiram atingir com seus produtos. Pelo princípio da estrita legalidade do

nosso regime tributário constitucional, só é devido determinado tributo se a lei expressamente o exige. Quando assim instituído um tributo ao serviço de provedor de acesso à internet, todos os entes públicos envolvidos deverão sair satisfeitos, pois o que se entende é que de uma maneira ou de outra haverá incidência dos impostos, ISS e ICMS, seja no serviço de acesso à internet, ou no serviço telecomunicações, entre vários outros oferecidos por intermédio da internet.

BIBLIOGRAFIAS

- FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição brasileira, São Paulo: Saraiva, 1990;
GRECO, Marco Aurélio. Internet e Direito, São Paulo: Dialética, 2000;
CHIMENTI, Ricardo Cunha. Direito Tributário, Sinopses Jurídicas, Saraiva;
MARTINS, Ives Grandra da Silva. Tributação na Internet: Revista dos Tribunais;
MARTINS, Sérgio Pinto. Imposto sobre Serviços: Atlas, 1992;
ALMEIDA, Edgard Pitta de. A tributação de serviços de acesso à Internet. Revista Dialética de Direito Tributário 14;
LAVIERI, João Vicente. Internet: incidência do ICMS ou ISS. Revista Jurídica Consulex, 1998;
MELO, José Eduardo Soares de. ICMS: Teoria e Prática. 2ª edição. São Paulo, Dialética, 1996;
TRANCHESI, João Júnior. Internet: A prestação de Serviços e seu Aspecto Tributário, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999;
SITE: Centro Brasileiro de Estudos Jurídicos na Internet www.cbeji.com.br;