



Thiago Marques: Constituição não autoriza ISS sobre Netflix

29/09/2015

No último dia 10 de setembro a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei Complementar 366/13, que traz alterações na disciplina do Imposto Sobre Serviços (ISS), cobrado pelos municípios. Em meio às alterações propostas, consta a inclusão de novos serviços passíveis de tributação pelo ISS, entre os quais a “disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet”.

Notícia divulgada pelo site da Câmara dos Deputados informa que o relator da matéria, o deputado Walter Ioshii (PSD/SP), teria defendido a atualização da lista de serviços sujeitos ao ISS para viabilizar a cobrança do imposto sobre “novos serviços que não constam na lista atual e, sobretudo, os serviços de internet, como a Netflix, que não é tributada”. Caso fosse possível a tributação nestes moldes, além do Netflix, outros aplicativos que viabilizam o acesso a conteúdos de áudio e vídeo, como, por exemplo, o Spotify e o Apple Music, também ficariam sujeitos à tributação pelo ISS.

Embora sob a perspectiva econômica fique caracterizada a manifestação de capacidade contributiva nas atividades remuneradas desenvolvidas por aplicativos como o Netflix — o que justifica a tributação do lucro da empresa pelo IRPJ/CSLL e a tributação das receitas auferidas pelo PIS/Cofins —, ao simplesmente indicar a tributação pelo ISS o Congresso pretende autorizar uma cobrança de imposto sem que a atividade desenvolvida e contemplada na nova norma guarde conexão com a competência tributária atribuída pela Constituição aos municípios, que são autorizados a cobrar o ISS especificamente sobre a prestação de serviços.

A Constituição não autoriza a cobrança do ISS sobre a “disponibilização de conteúdo”, como pretende o projeto aprovado pela Câmara dos Deputados. É natural que a competência tributária fixada em 1988 pela Constituição não contemple atividades como as exercidas pelo Netflix. Afinal, quase três décadas atrás não era possível antecipar a revolução tecnológica ocorrida a partir de meados da década de 90 e que hoje nos permite, por exemplo, assistir a filmes e séries sem que seja preciso recorrer a uma videolocadora. Logo, não deve causar surpresa a afirmação de que nossa Constituição não contemplou este tipo de atividade quando definiu a competência tributária dos municípios.

Ao decidir os limites da competência tributária municipal no ano de 2000, o STF pacificou o entendimento de que o Imposto Sobre Serviços, “conforme a própria nomenclatura revela e, portanto, considerado o figurino constitucional, pressupõe a prestação de serviços e não o contrato de locação” (RE 116.121). Em 2010 o STF voltou a analisar a questão e registrou a não incidência do ISS sobre locação de filmes, jogos para videogames e assemelhados (RE 626.706). Esta orientação jurisprudencial deu origem à Súmula Vinculante 31, que informa ser inconstitucional a cobrança do ISS “sobre operações de locação de bens móveis”.

O que é a “disponibilização (remunerada) sem cessão definitiva” se não a locação? O que faz o Netflix não pode ser qualificado como locação de conteúdo de vídeo para seus assinantes? Além disso, e este é o cerne da questão, onde está a prestação de serviços desenvolvida pelo Netflix que autoriza a cobrança do ISS?

Não há qualquer prestação de serviços. Estamos diante de simples cessão temporária (ou mesmo “locação”) do direito de acesso/uso de determinado conteúdo (de vídeo, áudio, texto, etc.). Não há obrigação de fazer por parte das empresas que disponibilizam tais conteúdos que autorize a cobrança do ISS. Tais conclusões atraem a aplicação da Súmula Vinculante 31.

Infelizmente não é raro que o Congresso aprove medidas tributárias que contrariam a competência constitucionalmente fixada. Caso similar a este ocorreu em 2003, quando foi aprovada a Lei Complementar 116 prevendo a cobrança do ISS sobre a “locação de bens móveis”, que àquela época já havia sido declarada inconstitucional pelo STF, levando o presidente Lula a vetar o subitem 3.01, que previa a cobrança, diante de sua inconstitucionalidade.

A adoção deste expediente por parte do Legislativo tem por objetivo atender ao pleito dos municípios pela tributação de atividades que, de fato, informam capacidade contributiva, sem enfrentar com maior seriedade e profundidade a reforma tributária necessária para viabilizar a tributação destas atividades. Com “pedaladas normativas” como esta, o Legislativo ganha tempo junto aos municípios sem promover a necessária reforma do sistema constitucional tributário.

Assim, caso a presidente Dilma não vete o subitem 1.09, como fez o presidente Lula em 2003, as empresas afetadas por esta cobrança de ISS poderão recorrer ao Judiciário para afastar a exigência do imposto sobre atividades de disponibilização remunerada de conteúdo, uma vez que nestas atividades não fica caracterizada a prestação de serviços.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-set-29/thiago-marques-constituicao-nao-autoriza-iss-netflix/>