

#226 | ANO 20 | JUNHO 2019
ISBN 1807-779X

JUSTIÇA & CIDADANIA

MEIO AMBIENTE

**PROTEÇÃO CONCILIADA
COM DESENVOLVIMENTO**

CONSTITUCIONAL

**BRASIL E FRANÇA
COMPARAM CARTAS**

PREVIDÊNCIA

**O QUE A PEC DA REFORMA
NÃO CONTA**



AGU TEM QUE ESTAR À FRENTE DO SEU TEMPO

ENTREVISTA EXCLUSIVA COM O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, ANDRÉ MENDONÇA

A TRIBUTAÇÃO DA ECONOMIA DIGITAL NO BRASIL

GUSTAVO DA GAMA VITAL DE OLIVEIRA

Procurador do Município do Rio de Janeiro (RJ)

FELIPE KERTESZ RENAULT PINTO

Advogado

A tributação da economia digital no Brasil desperta diversos questionamentos, pois a distribuição da competência tributária pela Constituição de 1988 foi claramente baseada em conceitos típicos da sociedade industrial (produtos industrializados, mercadorias, serviços).

Especialmente a tênue divisão entre o que é venda de mercadoria e o que é prestação de serviço já era campo fértil para o conflito entre o ICMS e o ISS, mesmo antes da invasão da economia digital. Considerando que um dos fenômenos da economia digital é justamente a chamada “servicificação” das mercadorias ou a “intangibilização” da economia, ficou ainda mais difícil delimitar com precisão o campo de incidência do ICMS e do ISS.

Atualmente, vivemos no Brasil uma verdadeira guerra fiscal entre estados e municípios para a tributação da cessão do uso de *software*. A Lei Complementar nº 116/2003 estabeleceu como hipótese de incidência do tributo a cessão de direito de uso de *software*. Todavia, os estados sustentam que a comercialização de *softwares* padronizados, ainda que por intermédio de transferência eletrônica de dados, está sujeita ao ICMS, pois o mencionado tributo não incidiria apenas na venda de mercadorias corpóreas.

A guerra fiscal para a tributação do *software* se acentuou recentemente em São Paulo. O Governo do Estado de São Paulo e o Município de São Paulo já adotaram atos formais indicando a disposição de tributar a operação. Dessa forma, as empresas do setor de *software* se deparam com dupla tributação que não é autorizada pela Constituição. A polêmica só deve encontrar solução definitiva após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.



Foto: Evelyn Costa

Gustavo da Gama Vital de Oliveira

A tributação da economia digital no Brasil também desperta a indagação sobre qual critério será utilizado para definir quem poderá tributar – a origem ou o destino.

Houve intensa polêmica sobre o tema envolvendo a tributação pelo ICMS das vendas de mercadorias realizadas pela Internet. A Constituição de 1988, em sua redação original, estabelecia que o imposto estadual era devido integralmente ao estado de origem da venda ao consumidor final. Como as empresas de vendas pela Internet estão localizadas nos grandes centros econômicos do País, os demais estados da Federação reclamavam da injustiça da regra, pois resultava na concentração da arrecadação tributária nos estados mais ricos. O movimento culminou com a edição da Emenda Constitucional 87/2015, que mudou radicalmente o critério para estabelecer, após breve período de transição, que o imposto será devido também ao estado de destino da mercadoria.



Foto: Evelyn Costa

Felipe Kertesz Renault Pinto

Todavia, o novo critério acabou trazendo dificuldades práticas, especialmente para os vendedores de menor porte, que passaram a ter o ônus excessivo de viabilizar o recolhimento do ICMS em todos os estados de destino de suas mercadorias. Em 2016, o Ministro Dias Toffoli concedeu medida liminar para afastar provisoriamente regras do Convênio ICMS nº 93/2015 – que buscava implementar os novos critérios trazidos pela EC 87/2015 – para empresas do Simples Nacional (ADI 5.464).

A experiência brasileira sobre a tributação das vendas pela Internet invoca a lembrança do precedente da Suprema Corte estadunidense, ao analisar, em 1992, *Quill Corporation vs North Dakota*, decidindo ser constitucional a proteção aplicada a vendedores remotos que não possuem o *substantial nexus*, entendido como nexos físico. Interessante fundamento utilizado na decisão da Suprema Corte foi entender que regimes fiscais diferentes consistiriam em ameaça de ônus excessivo ao comércio interestadual pelas diversas exigências administrativas de manutenção de registros, que poderiam tornar muito complexa a venda por correspondência a residências.

Apenas em 2018 a Suprema Corte superou o precedente, no caso *South Dakota vs Wayfair*, por cinco votos a quatro, decidindo que o estado de destino poderia tributar as vendas *online* mesmo sem a existência de uma presença física do vendedor.

A experiência brasileira de tributação das vendas *online* é ainda uma amostra bastante interessante dos desafios que o mundo enfrenta na tributação da economia digital.

O eterno conflito entre origem e destino parece ganhar ainda mais força. Sabemos das propostas atuais no âmbito da União Europeia para adoção de regime de tributação definitiva do IVA, baseado no critério do destino. Em relação aos tributos diretos, que incidem sobre os lucros das empresas, a regra da origem ainda é dominante, baseada na tradicional noção de estabelecimento permanente, ainda bastante apegada à noção de elementos físicos.

Todavia, a adoção do critério do destino na tributação pode ser indicada em nome da proteção da justiça tributária, de forma a impedir que a tributação seja concentrada apenas no país de origem da empresa que oferece as facilidades atuais para destinatários localizados em diversos países. Nessa linha, a ação nº 1 do BEPS (*base erosion and profit shifting*) chega a mencionar a tributação no destino como uma das respostas possíveis aos desafios da tributação na economia digital. É preciso, contudo, viabilizar mecanismos para que adoção do critério do destino não possa significar incremento excessivo da complexidade na tributação.

Como se vê, a tributação da economia digital no Brasil, apesar de possuir características próprias do peculiar sistema tributário brasileiro, não deixa de refletir em alguma medida os desafios mundiais da tributação da economia digital. Afinal, justiça, segurança e praticabilidade são temas universais e que sempre desafiaram a tributação. A invasão da economia digital apenas tornou ainda mais latentes os conflitos entre tais ideais.

