

Tributação do Comércio Eletrônico Direto: Legalidade da incidência do ICMS sobre bens incorpóreos.

Elinaldo Ferreira Miranda*1, Cristiana Matos Américo 2.

*1. Graduado em Direito pela Unyahna de Barreiras – IESUB, Brasil. Aluno da Pós-Graduação em Direito Tributário pelo Instituto Pró Saber da Universidade Cândido Mendes, Brasil. *E-mail: advely2013@hotmail.com.

2. Professora da Universidade Federal do Oeste da Bahia. E-mail: cristiana.americo@ufob.edu.br.

Palavras Chave: Tributação, Comércio Eletrônico, Bens Digitais.

Introdução

O advento do comércio eletrônico, ou *e-commerce*, faz surgir situações litigiosas impossíveis de serem previstas e amparadas juridicamente, tornando-se imprescindível que se procedam às alterações necessárias no orbe jurídico para que o Direito não ignore essa nova realidade.

O objeto deste trabalho, é a análise da legalidade da tributação através de imposto já vigente, a saber Imposto sobre a Circulação de Mercadorias - ICMS, sobre o comércio eletrônico direto de bens incorpóreos transmitidos diretamente pela rede mundial de computadores, e objetiva analisar os critérios de incidência tributária do ICMS em nosso ordenamento, sobre as operações envolvendo esses bens intangíveis transmitidos diretamente pela Internet.

Resultados e Discussão

O *e-commerce*, refere-se aos bens adquiridos diretamente pela rede mundial de computadores, e em se tratando de bens incorpóreos (intangíveis) transmitidos através de downloads, e tais “bens” são desprovidos de suporte físico, sua natureza imaterial torna impossível a incidência do ICMS. É o que se depreende na interpretação do art. 155, §3º da Constituição Federal - CF c/c com o conceito de mercadoria inserto no art. 191 do antigo Código Comercial. Ressaltando ainda que o art. 108 §1º do Código Tributário Nacional - CTN, proíbe expressamente a analogia na caracterização de fato imponible.

Carvalho (1981, p. 205), entende que “o étimo do termo mercadoria está no latim, *mercatura* - tudo aquilo que pode ser objeto de compra e venda; o que se comprou para por a venda, evoluiu de *merx*, *mercis* - o que é objeto de comércio”. Como a inteligência do art. 108, §1º do CTN veda o uso da analogia para criação de novos tributos ou fato imponible de impostos afrontando o princípio da legalidade, não se pode mudar o conceito de mercadoria para tal objetivo. Ainda, a ausência de circulação de mercadoria por não haver cessão do direito de uso nem pode o usuário que adquire o software, dispor de tal “bem”. A incidência do imposto sobre a energia elétrica inserta na CF/88 revela sua excepcionalidade, e acompanha a inteligência do art. 110 do CTN que proíbe a alteração dos conceitos de direito privado para fins de tributação.

A definição que se extrai do art.155, §3º da CF c/c a Lei 9.610/98, art. 7º, XII, é que softwares são obras intelectuais com imunidade tributária, diferenciando a propriedade material da imaterial, fechando o entendimento ora exposto. Quanto ao entendimento dos tribunais: a ADIN nº 1945, o Ministro Nelson Jobim afirmou não haver diferença entre programas de computador, disponibilizados em mídia física, como CD e disquete, e aqueles vendidos através do próprio

meio virtual. Ressalte-se deste entendimento, a não consideração do preceito do art. 108, §1º, do CTN: “O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”, e da Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro 1998, dos direitos autorais e seu conceito de propriedade imaterial. Leis, anteriores ao tal julgamento.

A ADIN supra, vai contrassenso à a jurisprudência do STJ, REsp 443.119/RJ: “O programa de computador (software) possui natureza jurídica de direito autoral (obra intelectual), e não de propriedade industrial, sendo-lhe aplicável o regime jurídico atinente às obras literárias”.

Conclusões

Da análise da incidência do imposto em questão, à luz da inteligência da legislação vigente, doutrina e hermenêutica da jurisprudência. Depreende-se a impossibilidade de incidência do ICMS, sobre a circulação de bem intangíveis, seja pelo não enquadramento no conceito mercadoria, seja em respeito ao princípio da legalidade inserto na legislação vigente, além da ausência de elementos à configuração do fato imponible. Contudo, resta à União, pela competência residual, e por emenda à constituição, a criação do Imposto sobre o Valor Agregado – IVA, e assim legalizar seu desejo.

Referências / Agradecimentos

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso no dia 08/10/2013.

CARVALHO, Paulo Barros. **A regra matriz do ICMS**. 1981. Tese (Livre-docência em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

_____. **Código Comercial**. Lei n. 556, de 25 de junho 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 8 de setembro de 2012.

_____. **Código Tributário Nacional**. Lei n. 5.172, de 25 outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 8 de setembro de 2012.

_____. **Lei dos Direitos Autorais**. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Tributação na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Supremo Tribunal Federal, Google. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI_1_945_votovi_sta_Min_Lewandowski__2_.pdf

Jus Brasil, Google. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8648454/recurso-especial-resp-913008-rj-2007-0005127-7/inteiro-teor-13683531>