

Incidência de ISS sobre *streaming* pode ser questionada

A Lei Complementar nº 157, publicada em 30 de dezembro de 2016, alterou as normas gerais do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) contidas na Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Entre as alterações, destaca-se a inclusão do item 1.09 na lista de serviços anexa à LC nº 116/03, que passa a prever como fato gerador do ISS a “*disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS)*”.

O dispositivo visa a explorar potencial arrecadatário enxergado em atividades que oferecem conteúdo *online* e via *streaming*, bastante populares e difundidas no Brasil e no mundo, representando relevante parcela do consumo global de conteúdo audiovisual e de áudio.

Neste boletim, concentraremos a análise na disponibilização de áudio e vídeo via *streaming*, que pode se dar das seguintes formas, sem prejuízo de outras classificações possíveis em face de tantos modelos de negócio que surgem a cada dia: i) *simulcasting*, que é a retransmissão simultânea, na internet, da programação da televisão ou rádio (*broadcasting*); ii) *webcasting*, que difere do *simulcasting* e do *broadcasting* (transmissão) em razão da interatividade potencial oferecida aos usuários, que podem definir o momento em que acessarão o conteúdo; e iii) *offline streaming*, pelo qual o usuário pode ter acesso *online* a um catálogo de conteúdo e selecionar alguns para acessar *offline*, desde que esteja em dia com o pagamento da remuneração cobrada.

A redação do novo item 1.09 compreende as modalidades de *webcasting* e *offline streaming*. Já o *simulcasting*, por se tratar de simples retransmissão de conteúdo original e simultaneamente exibido por meio de radiodifusão de sons (rádio) ou de sons e imagem (televisão), estaria fora do escopo da norma, pois é gratuito. O *simulcasting* disponibilizado para assinantes do Serviço de Acesso Condicionado (televisão por assinatura) também estaria excluído por já ser tributado pelo ICMS.

Até a edição da LC nº 157/16, havia dúvida sobre o enquadramento das atividades de *streaming* em algum dos itens da lista de serviços anexa à LC nº 116/03, tendo alguns municípios se pronunciado no sentido de classificá-las como licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação (item 1.05, da lista de serviços) – mesmo sendo o *software* apenas um meio para acessar o conteúdo disponibilizado – ou mesmo como intermediação de direitos de propriedade artística ou literária (item 10.03, da lista de serviços) – o que é também incorreto porque na disponibilização de conteúdo por *streaming* não há transmissão de sua propriedade.

A inclusão do item 1.09 na lista de serviços elimina a dúvida quanto ao enquadramento e permite concluir que antes da publicação da LC nº 157/16 não havia autorização legal para a cobrança do ISS sobre as atividades de *cessão temporária de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet*. Portanto, tentativas de cobrança anteriores à nova norma podem ser questionadas pelos contribuintes.

A superação da discussão quanto ao (não) enquadramento anterior à LC nº 157/16 permite concentrar esforços em análise mais ampla, voltada a responder se as atividades de *streaming*, a despeito de terem sido incluídas na lista de serviços, podem mesmo ser consideradas “serviço”, tal qual definido o conceito a partir da interpretação conjunta da Constituição de 1988 e da LC nº 116/03.

Considerando-se a natureza e o conteúdo jurídico das atividades indicadas no item 1.09, a resposta a que se chega é negativa, pois tais atividades se limitam à cessão temporária de uso, negócio jurídico que constitui “obrigação de dar”, e não “obrigação de fazer”. “Disponibilização” não se confunde com “prestação de serviços”.

São Paulo

Av. Brig. Faria Lima, 2601
12º andar - 01452-924
São Paulo, SP - Brasil
Tel: (11) 3555 5000

Brasília

SBN, Q 1, BI B, 14, Ed. CNC
2º andar, sl. 201 - 70041-902
Brasília - DF - Brasil
Tel: (61) 2109 6070

Rio de Janeiro

Praia de Botafogo, 440
15º andar - 22250-908
Rio de Janeiro, RJ - Brasil
Tel: (21) 3503 2000

Boletim janeiro 2017

O Supremo Tribunal Federal (STF) fixou a definição do conceito constitucional de “serviço” para fins de incidência do ISS quando se pronunciou pela inconstitucionalidade da cobrança deste imposto sobre operações de locação de bens móveis, justamente com base na inexistência de “obrigação de fazer”. O entendimento firmado pelo STF resultou na edição da Súmula Vinculante nº 31, de 2010, e tem orientado o julgamento de questões semelhantes, como é, por exemplo, o caso do licenciamento (cessão de uso) de *software* padronizado (não encomendado e não customizado/personalizado).

De acordo com a jurisprudência majoritária dos tribunais superiores, não incide o ISS sobre licenciamento ou cessão de direito de uso de *software* padronizado, por constituir “obrigação de dar” e não “obrigação de fazer”, descaracterizando-a como prestação de serviço.

O raciocínio aplica-se à cessão temporária de uso de conteúdo de áudio, vídeo, imagem ou texto por meio da internet, pois se equipara à locação de bem móvel no sentido que nos dois casos inexistente “obrigação de fazer”. No contexto do *streaming*, é comum a utilização de *software* como meio para acessar o conteúdo disponibilizado, mas é a atividade-fim de disponibilização de conteúdo que deve ser levada em consideração – e, tanto a cessão de uso do *software* quanto a cessão de uso do conteúdo, por motivos já indicados, escapam ao campo de incidência possível do ISS.

Outro aspecto polêmico do novo item diz respeito à disponibilização do conteúdo por provedores não localizados em território nacional, caso que poderia ser tratado com “importação de serviços” e mereceria análise em apartado, embora as conclusões acima sejam igualmente aplicáveis.

A efetiva cobrança do ISS sobre a cessão temporária de conteúdo por meio da internet ainda depende da edição de leis locais por municípios e Distrito Federal. A cobrança está também sujeita às regras da anterioridade anual e nonagesimal. Portanto, o ISS só poderá ser cobrado a partir de 1º de janeiro de 2018, e desde que editadas leis locais até 30 de setembro de 2017¹.

Pedro Araujo Chimelli
pchimelli@levysalomao.com.br

Tiago Soares de Aquino
taquino@levysalomao.com.br

São Paulo

Av. Brig. Faria Lima, 2601
12º andar - 01452-924
São Paulo, SP - Brasil
Tel: (11) 3555 5000

Brasília

SBN, Q 1, BI B, 14, Ed. CNC
2º andar, sl. 201 - 70041-902
Brasília - DF - Brasil
Tel. (61) 2109 6070

Rio de Janeiro

Praia de Botafogo, 440
15º andar - 22250-908
Rio de Janeiro, RJ - Brasil
Tel: (21) 3503 2000

¹ O município de Porto Alegre publicou a Lei Complementar nº 809, de 29 de dezembro de 2016, antes mesmo da publicação da LC nº 157/16 e pretende arrecadar o ISS sobre as atividades descritas no item 1.09 a partir de abril de 2017. Contribuintes sujeitos à cobrança podem questionar a constitucionalidade da LC nº 809/16 também com base na falta de autorização prévia por lei complementar federal, que é exigida pelo Art. 156, III da Constituição de 1988.