



BRENTANI RONCOLATTO ADVOGADOS

Ano III – nº 11

(I) A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE NA INTERNET

Carlos Henrique Pasqua Vecchi

01. O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, de competência Estadual, é previsto no artigo 155, inciso II da Constituição Federal, incidindo sobre as operações que lhe dão nome.

02. Até a edição da Lei Complementar nº 116/03, que alterou substancialmente a regulamentação do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, a veiculação de publicidade constava da lista anexa ao Decreto nº 406/ 68, relativa aos serviços sujeitos à incidência do ISS e, portanto, não sujeitos ao ICMS. Entretanto, a veiculação de publicidade foi, por meio de veto presidencial, expressamente excluída da lista de serviços tributados pelo ISS. Permaneceram sujeitos ao ISS a propaganda e publicidade, inclusive a promoção de vendas, planejamento de campanhas ou sistemas de publicidade, elaboração de desenhos, textos e outros materiais promocionais.

03. Não havendo mais referida previsão na legislação do ISS, os Fiscos estaduais não tardaram em buscar inserir a atividade de veiculação de publicidade no rol dos serviços de comunicação tributáveis pelo ICMS.

04. Nada obsta, a regulamentação do chamado *ICMS – Comunicação* prevê determinados requisitos para que haja incidência do referido imposto, conforme se verifica no artigo 2º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/ 96, devendo a

atividade ser uma: “prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”. (grifos nossos)

05. Desta forma, para que ocorra o fato gerador do ICMS – *Comunicação* devem concorrer três fatores: **(i)** existir um serviço, o que implica a existência de um contrato em que alguém se obriga a fazer algo a outrem; **(ii)** ser o serviço de comunicação (haverá uma mensagem transmitida por qualquer meio entre um emitente e um receptor identificado); e **(iii)** ser o serviço oneroso, ou seja existir remuneração daquele que faz com que a mensagem seja transmitida (prestador de serviço)¹.

06. Na prática, surgem dúvidas dos contribuintes quanto à incidência do ICMS em determinadas atividades que tangenciam os serviços de comunicação. Assim, por exemplo, na atividade de provimento de acesso à Internet, em que se consagrou através da Súmula 334 do Superior Tribunal de Justiça a posição do Judiciário no sentido de que o provimento de acesso à Internet é sim um serviço oneroso, porém, de valor adicionado e não de comunicação e conseqüentemente não sujeito ao ICMS.

07. Também já houve posicionamento do Judiciário no que tange aos serviços preparatórios ao serviço de comunicação, no sentido de que os mesmos não configuram serviço de comunicação e portanto não estão abrangidos pela hipótese de incidência do ICMS².

08. No tocante aos serviços de veiculação de publicidade na Internet é importante distinguir dois momentos: um, em que o anunciante contrata e remunera o titular do portal ou site, para inserir seu *banner* ou *link* (publicidade); o outro, em que o usuário da Internet acessa referido portal e, ao fazê-lo, recebe gratuitamente a mensagem (*banner* ou *link*).

09. Por certo, a despeito de o acesso à Internet ser provido ao usuário a determinado custo pelos provedores de acesso, é inegável o acesso livre e gratuito

¹ Neste sentido citamos Roque Antonio Carrazza, “ICMS – Comunicação: sua Não Incidência sobre a Denominada Tarifa de Assinatura Básica Mensal- Questões Conexas”, in Revista Dialética de Direito Tributário 155, página 84 e seguintes.

² RESP 617.107/SP, DJU 21.03.2005 e RESP 694.429/SP DJU 25.08.2006.

à vasta maioria de sítios que possuem anúncios publicitários em suas páginas virtuais (*banners* ou *links*). Poucos são os sites em que se precisa pagar para acessar seu conteúdo, ou parte dele. Portanto, mesmo admitindo-se que a veiculação de publicidade na Internet é serviço de comunicação, pois alguém emite uma mensagem para que o destinatário a receba, a recepção da obra veiculada (propaganda) não é via de regra onerosa.

10. O problema da tributação do serviço gratuito e, portanto, sem preço não é recente e sempre esteve presente nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. De fato, não pode incidir imposto sem base de cálculo. A ausência do preço do serviço inviabiliza a quantificação do montante devido, negando o princípio da capacidade contributiva. No que tange à gratuidade do serviço, já se manifestou o Judiciário no sentido de que não incide imposto sobre o serviço gratuito, quando o serviço for realizado por mera liberalidade ou espírito colaborativo do prestador de serviço, sem intuito de lucro³. Por outro lado, comprovado que a ausência de remuneração é emulativa, ou seja, que há um intuito de lucro na prestação do serviço, deve sim incidir o ISS⁴.

11. Ressaltamos que a Emenda Constitucional nº 42/03 inseriu a alínea 'd' ao inciso X do § 2º do artigo 155 da Constituição, conferindo imunidade aos serviços de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens “*de recepção livre e gratuita*”. É defensável, portanto, o entendimento de que a veiculação de publicidade na Internet em sites em que não há qualquer pagamento pelo usuário não se sujeita à incidência do ICMS.

12. Nesta linha de entendimento, destacam-se decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em especial na apelação nº 636.044.5/1-00, da 10ª Câmara de Direito Público e na apelação nº 287.482.5/1-00, da 6ª Câmara do mesmo Tribunal, ambas publicadas no ano passado.

NA PRÁTICA, verifica-se a inclinação do Poder Judiciário em reconhecer a garantia constitucional da imunidade do ICMS sobre os serviços de veiculação de publicidade de forma livre e gratuita.

³ Vide Recurso Extraordinário nº 112.923-9, julgamento em 10.04.1987, sobre a não exigência de ISS na distribuição de ingressos gratuitos por cinemas.

⁴ Vide RESP nº 234.498/RJ sobre a incidência do ISS nos serviços de intermediação de propaganda prestados gratuitamente por empresa controlada a sua controladora.

(II) ALTERAÇÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL – SOCIEDADE COM UM ÚNICO SÓCIO

Barbara Brentani Roncolatto

01. Como é de conhecimento geral, não se admite no Brasil a sociedade de um único sócio, pois o contrato de sociedade é plurilateral, como já ensinava na década de 40, com grande maestria, o doutrinador italiano Túlio Ascarelli. Todavia existem na vida prática situações em que remanesce um único sócio na sociedade, como por exemplo, quando há o falecimento dos outros sócios, ou com a retirada dos demais sócios do quadro social.

02. A situação de se ter uma sociedade em que há apenas um sócio sempre foi admitida pela Lei como transitória. A Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A) comanda em seu artigo 206, inciso I, alínea “d” que o único sócio de sociedade anônima recomponha o quadro social, admitindo um novo sócio, até a Assembléia Geral Ordinária do exercício seguinte àquela em que foi constatada a existência de sócio único, sob pena de, em não o fazendo, acarretar a dissolução da sociedade. Anteriormente à vigência do Novo Código Civil, este dispositivo foi aplicado por analogia às sociedades limitadas. Com o advento do novo Código Civil, deu-se um prazo de 180 dias da data do fato, para que o sócio remanescente de sociedade limitada reconstitua a pluralidade de sócios, sob pena de dissolução social (artigo 1.033, inciso IV do Novo Código Civil).

03. Este rigor legal, embora tecnicamente correto, traz dificuldades na vida corporativa, sobretudo para as empresas com forte intuito pessoal, ou seja, naquelas em que as capacidades e habilidades dos sócios são fundamentais à vida da empresa. Achar um sócio em 180 dias pode, nesta medida, ser um desafio. Contar com o cônjuge para sócio também se tornou problema, pois aqueles casados em regime de comunhão universal de bens, ou no regime da separação obrigatória não podem constituir sociedade (artigo 977 do Novo Código Civil), salvo exceções, como por exemplo nas sociedades anônimas.

04. Visando contornar este problema, a Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, flexibilizou esta regra, incluindo um parágrafo único ao artigo 1.033 do Novo Código Civil e um novo parágrafo (terceiro) ao artigo 968 do

mesmo Código. De acordo com referido parágrafo, não se operará a dissolução da sociedade caso o único sócio remanescente requeira junto ao Registro Público de Empresas Mercantis a transformação do registro da sociedade para empresário individual. A volta ao registro de sociedade empresária também foi permitida, uma vez recomposta a pluralidade de sócios, também mediante solicitação da transformação junto ao Registro Público de Empresas Mercantis.

NA PRÁTICA a Lei Complementar nº 128 trouxe alternativas para que o empresário que se encontre na situação de único sócio não sofra a pena de dissolução da sociedade, caso não recomponha o quadro societário em 180 dias.

Participaram deste número do “NA PRÁTICA”:

Barbara Brentani Roncolato (bbrentani@brcs.com.br) e

Carlos Henrique Pasqua Vecchi (cvecchi@brcs.com.br)

O presente boletim tem cunho meramente informativo e não possui o caráter de opinião legal, ou assessoria jurídica. Todos os direitos são reservados à

Brentani Roncolato Advogados, nos termos da Lei.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.