

## Opinião: Debate sobre tributação infralegal do vídeo por demanda

Em uma entrevista concedida ao veículo *El País* em janeiro do ano de 2016, Zygmunt Bauman explicou por que considerava o papa Francisco como uma fonte de esperança para o mundo contemporâneo, narrando que o pontífice havia escolhido dar sua primeira entrevista a Eugenio Scalfari, um jornalista italiano autoproclamado ateu. E isso foi considerado um sinal para o sociólogo, pois segundo ele *"o diálogo real não é falar com gente que pensa igual a você. As redes sociais não ensinam a dialogar porque é muito fácil evitar a controvérsia... Muita gente as usa não para unir, não para ampliar seus horizontes, mas ao contrário, para se fechar no que eu chamo de zonas de conforto, onde o único som que escutam é o eco de suas próprias vozes, onde o único que veem são os reflexos de suas*



Por outro lado, apesar dos notórios benefícios, a presença

constante dos algoritmos nas redes sociais (Facebook, Twitter, Instagram), e que realiza pesquisas nos mecanismos de busca (Google, Yahoo, Bing) pode confinar os indivíduos em bolhas sociais. Em outras palavras, como os algoritmos são abastecidos de dados pessoais, geográficos, padrões de uso das aplicações informáticas e uma série de outros insumos gerados pela utilização das ferramentas computacionais dos usuários das aplicações de internet, há uma probabilidade bastante elevada de que esses algoritmos confinem, cada qual, num ambiente moldado exclusivamente pelo reflexo de si próprio. O que dá ensejo a construção e reconstrução de teses calcadas no discurso da "pós-verdade" [2].

Assim, não obstante o fato de haver uma tendência entre os humanos de procurarem seus similares para convívio e estreitamento dos laços sociais, quando essa aproximação é conduzida pelo algoritmo os efeitos podem ser potencializados. Dessa maneira, abre-se um espaço para a criação de visões de mundo endógenas, fechadas, que podem coexistir em proximidade, mas jamais se encontrar. Potencialmente pode ocorrer uma erosão da solidariedade social, perda da capacidade de empatia e que a condução das escolhas cidadãs venham a ser pautadas por visões de mundo opacas [3].

Portanto, é fundamental que se tenha serenidade para conseguir elevar o debate ao discurso técnico e se afastar das paixões e convicções pessoais. Trocando em miúdos, nas palavras do ministro Marco Aurélio de Mello: *"Processo não tem capa"* [4].



Diante disso, passa-se a análise técnica do conteúdo da Medida Provisória nº 1.1018/2020, especificamente o da Emenda nº 1 proposta pelo deputado Marcelo Ramos PL/AM, que sugere a inclusão do artigo 33-A na MP 2.228-1/2001 nos seguintes termos:

*"Artigo 33-A — Para efeito de interpretação do artigo 33, inciso I, alínea 'e', da MP 2228-1/2001, a oferta de vídeo por demanda, independente da tecnologia utilizada, a partir da vigência da contribuição de que trata o artigo 32, inciso I, da mesma Lei, não se inclui na definição de 'outros mercados'".*

Com o fito de situar o leitor no tempo e espaço, expondo a controvérsia que deu ensejo a sugestão desta emenda legislativa, cumpre rememorar a discussão travada a partir do ano de 2017, quando publiquei um artigo em agosto na revista eletrônica **ConJur** [5] questionando o fato de a Ancine ter decidido estender a tributação da Condecine Título para as obras publicitárias na internet e para o vídeo por demanda utilizando-se do conceito jurídico indeterminado denominado "outros mercados", disposto na alínea "e", inciso I, do artigo 33 da MP 2.228-1/2001.

A respeito do tributo em si, a Condecine Título é uma espécie de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide) que, diferentemente da Condecine Remessa, tem seu espectro de incidência recaindo sobre a exploração comercial de obras audiovisuais em cada um dos segmentos de mercado, disposto no artigo 33 da MP 2.228-1/2001, que são: as salas de exibição, o vídeo doméstico, a TV por assinatura, a TV aberta e os "outros mercados".

Assim, quando o artigo 33 da MP 2.228-1/01 trata dos segmentos de mercado em relação aos quais a Condecine Título será devida, ele acaba descrevendo não somente o elemento quantitativo tributário, mas também se referindo ao próprio fato gerador do tributo (hipótese de incidência). Logo, caso haja a ocorrência de qualquer um dos verbos descritos nos incisos do artigo 32 da MP 2.228-1/01, caso os mesmos não estejam inseridos em quaisquer dos segmentos de mercado descritos no artigo 33 da MP 2.228-1/01, não incidirá o tributo (não ocorre o fato descrito no antecedente da norma tributária) [6].

Dito de outra maneira, a Condecine Título é evada de fato gerador composto por dois dispositivos legais, justamente pela necessidade de realizar um cotejo entre os artigos 32 e 33 da MP 2.228-1/01 para aferição da efetiva incidência do tributo, amoldando a hipótese de incidência ao caso concreto mediante a verificação do segmento de mercado em que ocorreu o fato imponible tributário.

Portanto, quando a instrução normativa da Ancine — por exemplo, no caso da IN 95/2011, no que tange o dispositivo com redação dada pela IN 101/2012 —, "cria" de modo equivocado um segmento de mercado para ser supostamente enquadrado na alínea "e" do inciso I do artigo 33 da MP 2.228-1/2001, que trata de "outros mercados", ela termina fabricando artificialmente e, por vias transversas, uma nova hipótese de incidência tributária que não figurava originalmente na lei. Ou seja, a agência "fabrica" um fato gerador abstrato [7] por instrumento infralegal violando o disposto no artigo 149, parágrafo 4º da Constituição Federal.



O estratagema é sutil, pois no caso em tela há uma evasão regulatória oblíqua por fraude à constituição, haja vista que o agente regulador se apoia em uma norma de cobertura, que seria o disposto no artigo 33, I, "e", da MP 2.228-1/2001, que lhe dá aparência de legalidade, para violar o artigo 149, §4º, e o artigo 150, I, da Constituição Federal. O que o ordenamento jurídico pátrio não permite. Mas isso não é só!

Entre as mais significativas características do *video on demand* estão a diversidade de títulos e a dimensão dos catálogos, que se refletem nas mais diversas possibilidades de escolhas de títulos por parte do consumidor, permitindo, assim, a fruição dos conteúdos e a maximização de suas possibilidades de escolhas para o entretenimento. Isso porque a escolha da plataforma passa a ser econômica e pode inibir o acréscimo de títulos não muito populares, o que destrói completamente, por exemplo, a possibilidade de um modelo de negócio de plataforma que utilize a cauda longa de catálogos — *long tail* [8].

Além disso, deve ser considerado o fato de que essa solução tecnológica do *video on demand* permite a opção da plataforma por vários modelos de negócios os quais se inserem nas janelas de exibição conforme visto anteriormente, entre os quais estão o modelo transacional — *transactional (TVOD)* —, no qual há uma transação específica referente ao conteúdo que o consumidor deseja, o modelo de assinatura — *subscription (SVOD)* — e o modelo de publicidade — *advertising (Avod)*.

Nesse sentido, considerando o valor da Condecine "outros mercados" para filmes estrangeiros (obra não publicitária) no modelo transacional (TVOD), que são bastante comuns nesse tipo de catálogo, o valor da Condecine, na tabela atualizada em 2015 pela Portaria Interministerial nº 835, seria de R\$ 7.291,25 por cada título, sendo certo que as transações realizadas pelos principais players do mercado têm seus valores fixados entre R\$ 2 e R\$ 12.

Desse modo, utilizando o menor valor de um título referente a um filme estrangeiro cuja transação custasse R\$ 2, o mesmo teria que ser licenciado 3.646 vezes para cobrir os custos de Condecine Título, sem observar as demais despesas do agente econômico que não estão sendo aqui consideradas.

Frise-se que não é a finalidade da política pública obrigar o operador da plataforma a realizar uma espécie de escolha de Sofia [9], no sentido de enxugar o máximo seu catálogo e ter que escolher, por exemplo, entre "O Auto da Compadecida", de Guel Arraes, ou "Central do Brasil", de Walter Salles. Ou ainda, entre "Bicho de Sete Cabeças", de Laís Bodanzky, ou "Cidade de Deus", de Fernando Meirelles. Ao contrário dessa escolha trágica, a ideia deve ser a de permitir justamente a inclusão de todos os títulos, propiciando o aumento da diversidade, a expansão do mercado e a melhor experiência possível para o consumidor.

Dessa feita, não resta dúvidas de que o resultado prático da cobrança da forma que está posta hoje acarreta a extinção de diversas plataformas de vídeo por demanda no Brasil, a inibição da criação de novas plataformas e, na outra ponta, a permanência das maiores plataformas atuantes no mercado com seus catálogos reduzidos, criando, assim, um verdadeiro oligopólio de grandes plataformas com restrições inconvenientes de catálogos. Esse fenômeno, portanto, seria ruim para o mercado, para os consumidores, para as plataformas, e para os produtores de conteúdo, que teriam o espaço reduzido para a oferta de obras audiovisuais. Isso denota clara violação à isonomia e cria uma reserva de mercado para os atores já estabelecidos e consolidados no setor.



Diante disso, a partir da análise técnica da ação regulatória da Ancine resta evidenciado que a alteração legislativa é um tanto quanto óbvia e, por conseguinte desnecessária. Não é preciso que o legislador diga que não se pode descumprir a norma constitucional para que esta não seja violada pelo regulador através de suas normas infra legais. É o trivial, o básico, o elementar. Nos dizeres do famoso árbitro comentarista de futebol Arnaldo Cezar Coelho: "*A regra é clara*". E, nesse caso, sempre foi!

Por outro lado, não deixa de ser "conveniente" para a atual administração da Ancine que suposta mudança de paradigma venha pela via legislativa e que possa ser utilizada politicamente como uma forma de resolver a questão do passivo que, em tese, estaria sujeita a repetição do indébito tributário. Sem olvidar a justificção acerca da inércia na fiscalizaçção do órgão na cobrança dos atores de mercado, caso quisesse fazer valer seu ato normativo inconstitucional. E tal assertiva fica clara a partir da novel redaçção truncada da referida Emenda nº 1 da Medida Provisória nº 1.1018/2020 que inclui a expressão "*(...) a partir da vigência da contribuiçção de que trata o artigo 32 (...)*" no intuito de conceder eficácia retroativa a norma interpretativa.

A esse respeito, cumpre ressaltar que o fato de o legislador desautorizar expressamente a criaçção de "outros mercados" no vídeo por demanda não permite por interpretaçção à contrário *sensu* a instituiçção de tributos por instruçção normativa, haja vista que a hipótese de incidência tributária (norma antecedente) só pode ser criada pelo poder legislativo, em consonância com o artigo 149, §4º, e o artigo 150, I, da Constituição Federal. E muito menos há que se falar em "isençção fiscal", pois o tributo jamais foi instituído por lei.

Vale dizer que a alínea "e" do inciso I do artigo 33 da MP 2.228-1/2001 não é e nunca foi um "guarda-chuva" ou um imenso "cabide" que pode ir acomodando novos "segmentos de mercado" ao bel prazer do agente regulador sob pena de eternizar uma situaçção precária de insegurança jurídica e falta de previsibilidade no mercado ao se "instituir tributos" por regulamento. Portanto, entende-se aqui que ainda que haja alteraçção legislativa, ainda assim é cabível a repetiçção de indébito e também cabe a apuraçção das responsabilidades pela instituiçção infralegal de tributos ao arrepio da Constituição Federal.

Lembremo-nos que uma democracia requer o prévio conhecimento das regras do jogo por todas as partes. E democracia é pluralismo, é diversidade de ideias, é diálogo e se perfaz na busca pela justiça, liberdade, igualdade e solidariedade.

Portanto, por mais que seja difícil para a sociedade da informaçção confinada em bolhas discutir com outros atores que pensam diferente, é fundamental para o desenvolvimento de um mercado tão heterogêneo e com atores tão distintos como o mercado audiovisual, que se permita dialogar com todas as partes e que se eleve o nível dos debates para o campo técnico, com o conseqüente abandono ao discurso militante apaixonado e vazio das redes sociais.



---

[1] QUEROL, Ricardo. Zygmunt Bauman<sup>o</sup> *As Redes Sociais são uma Armadilha*. El País. Brasil janeiro de 2016. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/30/cultura/1451504427\\_675885.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/30/cultura/1451504427_675885.html)>. Acesso em 23 de maio de 2021.

[2] A sociedade contemporânea vive a era da Pós verdade que, segundo a definição proposta pelo dicionário Oxford se trata daquilo que ? relacionado ou denotativo de circunstâncias em que os fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que aqueles que apelam emoção e crença pessoal?. Ou seja, a opinião pública é mais influenciada por fatos que apelem a sua emoção e à crença pessoal, mesmo que não embasados em fatos concretos, dos que os fatos verdadeiros em si. Reforçando a ideia de que as pessoas estão mais propensas a continuarem vivendo em suas bolhas, do que saírem delas.

[3] BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; PELLIZZARI, Bruno Henrique Miniuchi. Bolhas Sociais e seus efeitos na Sociedade da Informação: ditadura do algoritmo e entropia na Internet. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, v. 5, nº 2. 2019. p. 57-73.

[4] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ministro Marco Aurélio celebra 30 anos de atuação no STF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445427&ori=1>>. Acesso em 23 de maio de 2021.

[5] Maranhão Junior. Magno de Aguiar. Ancine extrapola Poder Regulamentar ao tributar publicidade na internet. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-24/magno-junior-tributacao-publicidade-internet-Ancine>>. Acesso em 23 de maio de 2021.

[6] Nesse mesmo sentido ver o texto de Magno de Aguiar Maranhão Junior intitulado "A cobrança de Condecine Título no VoD pode quebrar o mercado de vídeo por demanda no Brasil", disponível na Revista Jusbrasil, no link <<https://magnomaranhao.jusbrasil.com.br/artigos/699342237/a-cobranca-de-condecine-titulo-no-vod-pode-quebrar-o-mercado-de-video-por-demanda-no-brasil>>. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

[7] O professor Ricardo Lobo Torres (2013, p.244) utiliza os termos "fato gerador abstrato" para hipótese de incidência e "fato gerador concreto" para fato imponível.

[8] O *longtail* ou cauda longa é um meio de utilização da infinidade potencial de obras no ambiente do vídeo por demanda. Ele permite que não apenas os filmes de lançamento e de grande faturamento em curto período tenham espaço na plataforma, mas mantém acessíveis as obras de interesse cultural com pouco apelo comercial.

[9]



---

A expressão "escolha de Sofia" é oriunda a história de uma polonesa que, sob acusação de contrabando, é presa com seus dois filhos pequenos, um menino e uma menina, no campo de concentração de Auschwitz durante a II Guerra Mundial. Nesse ínterim, um oficial nazista lhe confere a opção de salvar apenas uma das crianças da execução ou, caso contrário, ambas morrerão, obrigando-a a realizar esta terrível decisão.

STYRON, William. Trad. Vera Neves Pedroso. São Paulo: Geração Editorial, 2012.

**Date Created**

26/05/2021