SENAM

IX Seminário Nacional de Gestão Fiscal Municipal

24, 25 e 26 de maio
São Paulo - SP

O AVANÇO INCONSTITUCIONAL DO ICMS NA INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE O DOWNLOAD DE SOFTWARES

ALBERTO MACEDO

Bacharel, Mestre e Doutor em Direito Tributário USP

MBA em Gestão Pública Tributária Fundação Dom Cabral FDC

Auditor-Fiscal, Assessor Especial da Secretaria Municipal da Fazenda de SP

Professor FGV, Insper, IBDT, IBET

Tributação dos Bens Digitais

Decreto 51.619 de 27.02.2007 (Est. SP)

*Art. 1º Na operação realizada com **programa para computador ("software"), personalizado ou não, o ICMS** será calculado sobre uma **base de cálculo** que corresponderá ao **dobro do valor de mercado do seu suporte informático**.*
Parágrafo único. O disposto no "caput" não se aplica aos jogos eletrônicos de vídeo ("videogames"), ainda que educativos, independentemente da natureza do seu suporte físico e do equipamento no qual sejam empregados.

Decreto 61.522, de 29.09.2015 (Est. SP)

*Artigo 1° - **Fica revogado o Decreto 51.619**, de 27 de fevereiro de **2007**, que introduz cálculo específico da base de tributação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS em operações com programas de computador.*
Artigo 2º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.

Tributação dos Bens Digitais

DECRETO Nº 61.791, DE 11 DE JANEIRO DE 2016

(Altera o RICMS)

"Artigo 73 (SOFTWARES) - **Fica reduzida a base de cálculo do imposto incidente nas operações com softwares**, programas, aplicativos e arquivos eletrônicos, padronizados, ainda que sejam ou possam ser adaptados, disponibilizados por qualquer meio, **de forma que a carga tributária resulte no percentual de 5% (cinco por cento)** (Convênio ICMS-181/15).

Parágrafo único - O disposto no "caput" não se aplica aos jogos eletrônicos, ainda que educativos, independentemente da natureza do seu suporte físico e do equipamento no qual sejam empregados." (NR).

"Artigo 37 (DDTT) - **Não será exigido o** imposto **[ICMS]** em relação às operações com **softwares, programas, aplicativos, arquivos eletrônicos, e jogos eletrônicos, padronizados, ainda que sejam ou possam ser adaptados, quando disponibilizados por meio de transferência eletrônica de dados (download ou streaming), até que fique definido o local de ocorrência do fato gerador** para determinação do estabelecimento responsável pelo pagamento do imposto."

Artigo 2º - Este decreto **entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.**

Palácio dos Bandeirantes, 11 de janeiro de 2016

Tributação dos Bens Digitais

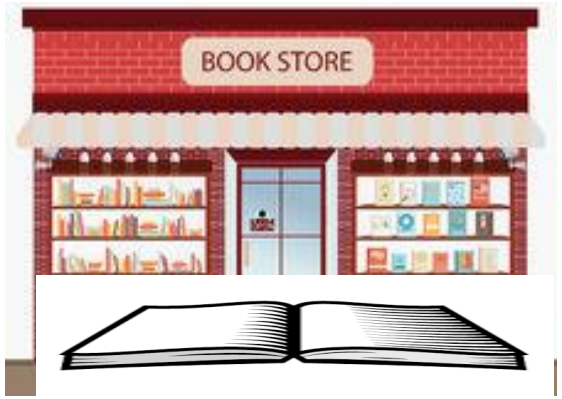
Lei 9.610, de 19.02.1998 (Lei dos Direitos Autorais)

*Art. 7º **São obras intelectuais protegidas** as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: (…)*

*XII - **os programas de computador**; (…)*

§1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

Finalidade do Suporte Físico



Uso do Conteúdo no Suporte Físico

Uso do Conteúdo Não no Suporte Físico
Suporte Físico para Mero Transporte

Tributação dos Bens Digitais

Lei 9.609, de 19.02.1998 (Lei de Propriedade Intelectual)

Art.1º ***Programa de computador [SOFTWARE] é*** *a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.*

Art.9º O ***uso*** *de programa de computador no País* ***será objeto de contrato de licença****.*

Tributação dos Bens Digitais

Fábio Ulhoa Coelho

"Na **licença de uso, o titular dos direitos autorais (*licenciante*) apenas autoriza o uso do programa** pelo outro contratante (*licenciado*), conservando a propriedade intelectual em seu patrimônio."

"**Quando o consumidor 'adquire'**, no mercado, **o *software*** de um jogo para instalar em seu computador pessoal, o que se verifica, **juridicamente falando, não é compra e venda, mas o licenciamento de uso do bem intelectual** pela empresa de informática detentora dos direitos a ele relativos".

"**Não se confunde com a *cessão de direitos autorais***, em que o titular da propriedade intelectual referente ao *software* (*cedente*) **transmite-a a outrem** (*cessionário*), mediante remuneração, **deixando de ser, assim, o proprietário**".

Tributação dos Bens Digitais

SOFTWARE – PROGRAMA DE COMPUTADOR

STF - RE 176.626 – SP (1998)

[...] questão constitucional: [...]. III. Programa de computador ("software"): tratamento tributário: **distinção necessária**. **Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo**, **sobre** as operações de **"licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador"** " matéria exclusiva da lide ", efetivamente **não podem os Estados instituir ICMS**: dessa impossibilidade, **entretanto**, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do **ICMS** a circulação de **cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo** - como a do chamado **"software de prateleira" (off the shelf)** - os quais, **materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio.**

Tributação dos Bens Digitais

SOFTWARE – PROGRAMA DE COMPUTADOR

STF - RE 176.626 – SP (1998)

"(...). Estou, de logo, em que **o conceito de mercadoria efetivamente não incluiu os bens incorpóreos, como os direitos em geral: mercadoria é bem corpóreo objeto de atos de comércio ou destinado a sê-lo**. Ora, no caso, o que se pretende é a declaração de inexistência de relação jurídica de natureza tributária entre a autora e o Estado, relativamente, às **operações de "licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador"**: trata-se, pois de **operações que têm como objeto um direito de uso, bem incorpóreo insuscetível de ser incluído no conceito de mercadoria e, consequentemente, de sofrer a incidência do ICMS**.

(...) A distinção é, no entanto, questão estranha ao objeto desta ação declaratória. Reduzido ao **licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador, bem incorpóreo, sobre o qual, não se cuidando de mercadoria, efetivamente não pode incidir o ICMS**; por isso, não conheço do recurso: é meu voto".

Tributação dos Bens Digitais

SOFTWARE – PROGRAMA DE COMPUTADOR

STJ

REsp 814.075 – MG (2008)

[...] **FORNECIMENTO DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR - SOFTWARE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ISS. INCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATA DE CONTRATO DE CESSÃO DE USO. IMPROCEDÊNCIA.**

(…)

Como é de sabença, o fornecimento de programas de computador (*software)* desenvolvidos para clientes de forma personalizada, consoante entendimento pacífico da Primeira Seção desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, se constitui prestação de serviços sujeitando-se, portanto, à incidência do ISS.

Tributação dos Bens Digitais

3.02 – CESSÃO DE DIREITO DE USO DE MARCAS E DE SINAIS DE PROPAGANDA

STF - AgRg na Reclamação 8.623 RJ - CASO WHITE MARTINS INVESTIMENTOS

VOTO (MIN. GILMAR MENDES)

"Por fim, ressalte-se que há alterações significativas no contexto legal e prático acerca da exigência de ISS, sobretudo após a edição da Lei Complementar 116/2003, que adota nova disciplina sobre o mencionado tributo, prevendo a cessão de direito de uso de marcas e sinais na lista de serviços tributados, no item 3.02 do Anexo.

Essas circunstâncias afastam a incidência da Súmula Vinculante 31 sobre o caso, uma vez que **a cessão de direito de uso de marca não pode ser considerada locação de bem móvel**, **mas serviço autônomo especificamente previsto na Lei Complementar 116/2003**.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental."

2ª Turma, 22.02.2011

Tributação dos Bens Digitais

LEI Nº 7.098, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1998 (MATO GROSSO)

Art.2º, §1º O imposto **[ICMS] incide também**: [...]

VI - sobre as operações com programa de computador - ***software* -, ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados**.

Art.6º, §6º Integra a base de cálculo do ICMS, nas operações realizadas com programa de computador - *software* - qualquer outra parcela debitada ao destinatário, inclusive o suporte informático, independentemente de sua denominação.

Tributação dos Bens Digitais

STF – ADI 1945-MC - MT

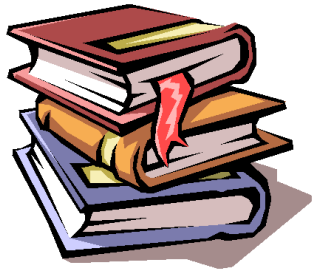
EMENTA

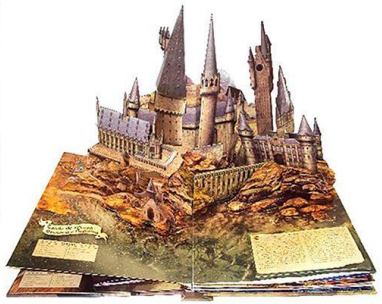
(Redator do Acórdão - MIN. GILMAR MENDES)

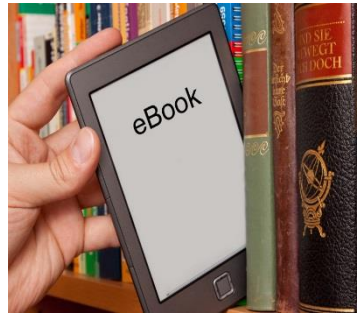
"8. ICMS. Incidência sobre softwares adquiridos **por meio de transferência eletrônica de dados** (art.2º, §1º, item 6, e art.6º, §6º, ambos da Lei impugnada). Possibilidade. **Inexistência de bem incorpóreo ou mercadoria em sentido estrito. Irrelevância**. O Tribunal não pode se furtar a abarcar situações novas, consequências concretas do mundo real, com base em **premissas jurídicas que não são mais totalmente corretas. O apego a tais diretrizes jurídicas acaba por enfraquecer o texto constitucional**, pois **não permite que a abertura dos dispositivos da Constituição possa se adaptar aos novos tempos, antes imprevisíveis**."

(26.05.2010)

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)
VI - instituir impostos sobre: (...) d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.







Tributação do Consumo
Bens Materiais *vs* Bens Imateriais
(Art.155, II) *vs* (Art.156, III)

CONSTITUIÇÃO DE 1988

Art. 155, II - operações relativas à circulação de ***mercadorias*** *e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [ICMS]*

Art. 156, III - impostos sobre ***serviços de qualquer natureza****, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. [ISS]*

Tributação do Consumo
Bens Materiais *vs* Bens Imateriais
(Art.155, II) *vs* (Art.156, III)

DIREITO PRIVADO	CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS	SERVIÇOS
Direito Comercial	- Bem corpóreo in commercio - Transferência de Titularidade	___
Direito Empresarial (início do século XX)	Bens ou Produtos (bens materiais) na Atividade Econômica	Serviços (bens imateriais) na Atividade Econômica

TANGIBILIDADE

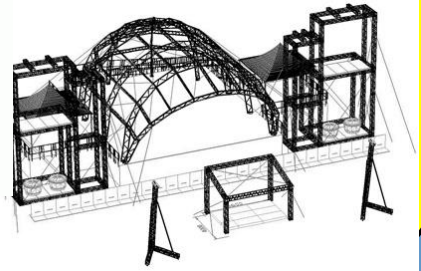
MERCADORIAS

Transferência de Titularidade
Tangibilidade (Corpóreo)

SERVIÇOS

Intangibilidade (Incorpóreo)
Uso, Utilidade, Facilidade, Conforto

WHITE MARTINS
PRAXAIR INC



Bens vs Serviços

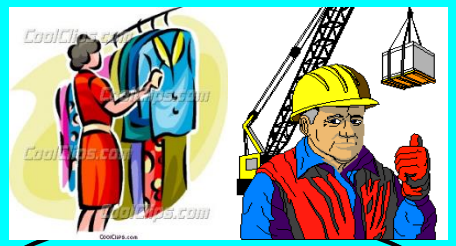
DIREITO PRIVADO => AO INCORPORAR CONCEITOS ECONÔMICOS, ESSES SE TORNAM CONCEITOS JURÍDICOS.

CC 2002: Art. 966. Considera-se ***empresário*** *quem exerce profissionalmente* ***atividade econômica*** *organizada para a produção ou a* ***circulação de bens ou de serviços****.*

Bens vs Serviços

ECONOMIA

EMPRESÁRIO



ATIVIDADE ECONÔMICA

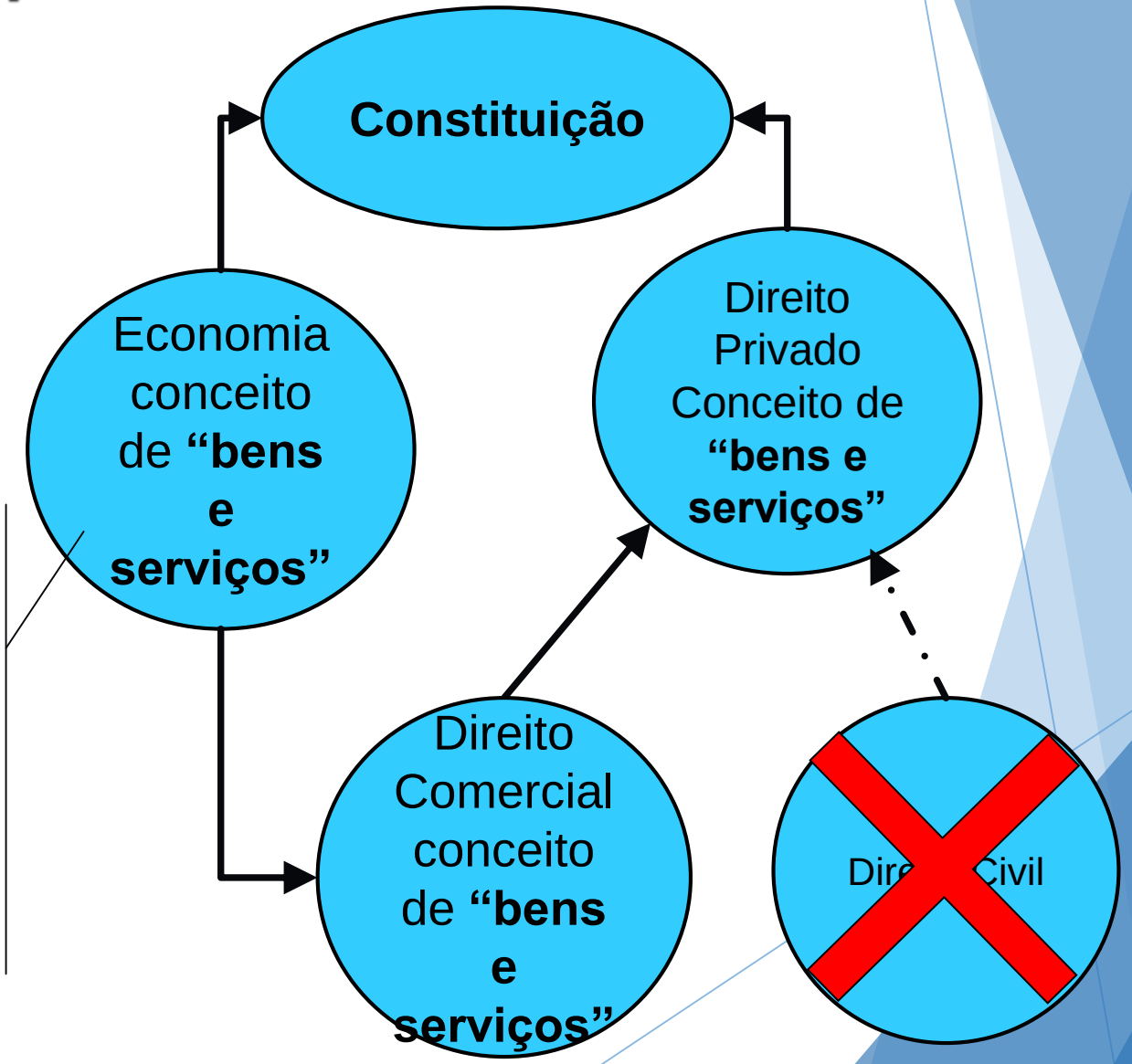
BENS E SERVIÇOS

DIREITO PRIVADO
(Direito Empresarial)

Incorporação dos Conceitos nas Competências Tributárias

“BENS e SERVIÇOS”
Universo dos produtos da atividade econômica de produção e circulação

Bens = bens **materiais**
Serviços = bens **imateriais (residual em relação a bens materiais)**



Evolução do Direito Comercial

COMÉRCIO (mercancia)

COMÉRCIO (bens e serviços)

1942 ITALIA
Teoria da Empresa

Abandona-se a Teoria dos Atos de Comércio
Adota-se a Teoria da Empresa:

Empresa = **atividade econômica** organizada de produção e circulação de **bens e serviços** para o mercado, exercida pelo empresário em caráter profissional.

Unificação do Código foi meramente formal:
- Direito Civil = regime jurídico **geral** de direito privado;
- Direito Comercial = regime jurídico **especial** de direito privado => para disciplinar o mercado economicamente relevante.

- Mercantilidade => superado
  vs
- Empresarialidade => atrai a incidência da legislação comercial (empresarial)

Código Civil Italiano 1942

COMERCIAL FASE 3: MODERNA (D. EMPRESARIAL)

Código Civil Francês 1804

D. CIVIL

Legislação Esparsa
Incorporando a Teoria da Empresa

Lei que Regula a Repressão ao Abuso do Poder Econômico (Lei nº 4137/1962).

Art. 6º Considera-se **emprêsa** tôda organização de natureza civil ou mercantil destinada à, exploração por pessoa física ou jurídica de **qualquer atividade com fins lucrativos**.

Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990):

Art.3º, §2º:

"**Serviço** é **qualquer atividade** fornecida no **mercado de consumo**, mediante remuneração, **inclusive** as de **natureza bancária, financeira, de crédito e securitária**, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."

Lei nº 8.955/1994 – Lei da Franquia empresarial:

Art.2º "sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de **produtos ou serviços** (...)".

Legislação Esparsa
Incorporando a Teoria da Empresa

Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996):

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão **entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço**, ou entre os **produtos e serviços** postos no comércio.

Art. 123. (...): I - marca de **produto ou serviço**: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;

Lei nº 8934/1994 - Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins:

Art.2º "Os atos das firmas mercantis individuais e das sociedades mercantis serão **arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis** e Atividades Afins, **independentemente de seu objeto**, salvo as exceções previstas em lei".

Legislação Esparsa
Incorporando a Teoria da Empresa

DIREITO PRIVADO => AO INCORPORAR CONCEITOS ECONÔMICOS, ESSES SE TORNAM CONCEITOS JURÍDICOS.

Conceitos de "**empresário**", de "**atividade econômica**" e de "**bens e serviços**", todos advindos da Economia e incorporados ao Direito Privado.

*CC 2002: Art. 966. Considera-se **empresário** quem exerce profissionalmente **atividade econômica** organizada para a produção ou a **circulação de bens ou de serviços**.*

Atividade econômica, juridicamente falando => é atividade de **produção ou circulação de bens ou serviços**.

Serviços são definidos **por exclusão** => **todo o produto da atividade econômica que não seja bem material**.

FÁBIO ULHOA COELHO: "Em suma, pode-se dizer que **o direito brasileiro já incorporara** – nas lições da **doutrina**, na **jurisprudência** e em **leis esparsas** – **a teoria da empresa, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002**. Quando esta se verifica, conclui-se a demorada transição."

Direito Constitucional
Incorporando a Teoria da Empresa desde a Constituição de 1891

Os Conceitos Econômicos de **"Atividade Econômica"** e de **"Empresa"** Juridicizados Também Pelo Direito Constitucional desde a Constituição de 1891.

Constituição de 1891 => artigo 24 "o Deputado ou Senador não pode também ser Presidente ou fazer parte de Diretorias de bancos, companhias ou **empresas** que gozem favores do Governo federal definidos em lei".

Constituição de 1934 => Título "Da Ordem Econômica e Social", mais presente ainda estava o conceito de empresa => artigo 117, as **empresas de seguros**, o que confirma que já naquela época os **seguros eram considerados constitucionalmente como serviços**, mesmo não havendo neles qualquer obrigação de fazer. Isso **porque estando presente a dicotomia bens e serviços na definição do conceito de empresa, de bens materiais os seguros não tratam**. Idem Na Constituição de 1937 (art.145), e na Constituição de 1946 (art.149).

A Constituição de 1967 => conceito, não só de **empresa**, mas também de **atividade econômica**, por ela organizada e explorada => Art 163 - Às **empresas** privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as **atividades econômicas**.

Direito Constitucional
Incorporando a Teoria da Empresa desde a Constituição de 1891

Constituição de 1988 => a atividade econômica alçada ao patamar de capítulo, “Dos Princípios Gerais da **Atividade Econômica**”, do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, onde se garante à atividade econômica seu livre exercício (parágrafo único do art.170) => **Dicotomia bens *vs* serviços na CF88**: conceito de serviço em oposição ao conceito de bens, ambos completando-se como objeto de atividade empresarial:

Art.170, VI => Princípio da Ordem Econômica: “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos **produtos e serviços** e de seus processos de elaboração e prestação”.

Art.173, §1º => Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre **bens e serviços**, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

Conceito de “Bens e Serviços” e de “Serviços”

BENS E SERVIÇOS

BENS = MERCADORIAS Necessariamente corpóreos

SERVIÇOS = USO, UTILIDADES, FACILIDADES, CONFORTO

IaaS, PaaS, SaaS

1.03 - Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres. (redação LC 157, de 2016)

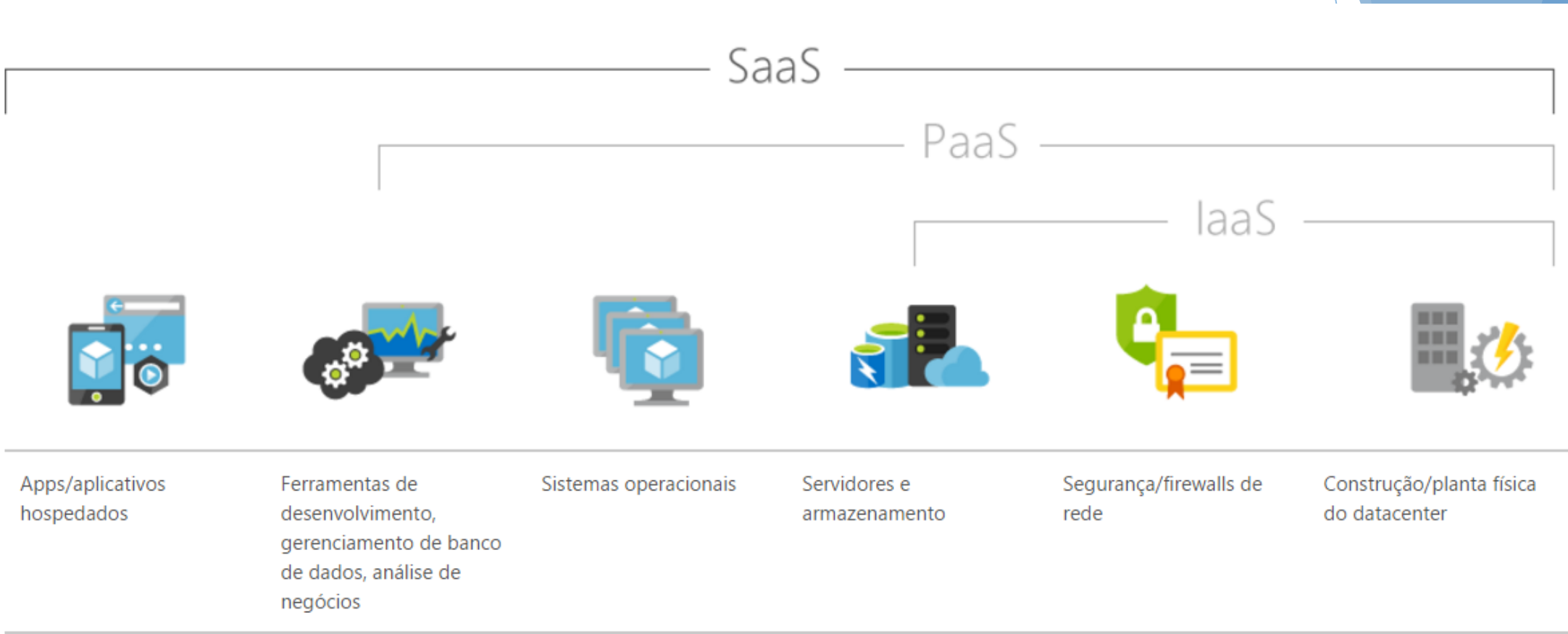
Processamento (CENTRALIZADO) de dados: serviço tradicional de processamento de dados em mainframe (máquina de grande porte) residente em Centro de Processamento de Dados (CPD).

Processamento de Dados Distribuído (PDD) = Cloud Computing

1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação
Computação em Nuvem (Cloud Computing)
=

IaaS – Infrastructure as a Service
PaaS – Plataform as a Service
SaaS – Software as a Service

IaaS, PaaS, SaaS



https://azure.microsoft.com/pt-br/overview/what-is-saas/

IaaS, PaaS, SaaS

IaaS – Infrastructure as a Service

A ideia básica do IaaS é que o **cliente tenha acesso ao poder de computação existente na web**.

IaaS = cessão de infraestrutura virtual de Tecnologia da Informação (TI) (oferecendo múltiplos servidores lógicos), por exemplo, **hospedagem de MÁQUINAS VIRTUAIS e storage**, de forma transparente para o cliente, conferindo um maior poder computacional para o cliente.

VIRTUALIZAÇÃO = particionamento de um servidor físico em múltiplos servidores lógicos (tecnologia-chave para o provisionamento do IaaS) (Exemplos de IaaS: Amazon Elastic Compute Cloud (EC2) e GoGrid).

Infraestrutura

php LAMP

MONyog RDS MySQL Monitor and Advisor

zend The PHP Company

SOPHOS

SoftNAS

amazon web services™

rackspace

GOGRID Complex Infrastructure Made Easy™

at&t

IaaS, PaaS, SaaS

PaaS – Plataform as a Service

- Uso de ferramentas de desenvolvimento de software oferecidas por provedores de computação em nuvem, em que os **desenvolvedores (clientes) criam as aplicações utilizando a Internet como meio de acesso**.
- As empresas que prestam o PaaS, **oferecem os seguintes serviços**:
  - (i) hospedam aplicações;
  - (ii) disponibilizam ferramentas para que seus clientes desenvolvam novos programas na nuvem;
  - (iii) gerenciam funcionalidades;
    - (iii.1) administrando bancos de dados;
    - (iii.2) configurando servidores;
    - (iii.3) realizando fragmentação e balanceamento de carga etc.
- Exemplos: Microsoft Azure (IaaS + PaaS), Google App Engine e MicroStrategy.

Ferramentas de Desenvolvedor

JumpBox

New Relic

JumpBox

OTRS

amazon web services™

Google App Engine™

IaaS, PaaS, SaaS

SaaS – Software as a Service

SaaS é mais que uma disponibilização pura e simples de softwares;
SaaS = é **um sem número de serviços**.

- localização do software que se mantém do lado do provedor de SaaS (pois seus aplicativos são instalados no local desse provedor);
- do lado desse provedor ficam também todos as **atividades de "sobrecarga"**, que antes ficavam sob responsabilidade do departamento de TI da empresa cliente do SaaS;
- **manutenção dos aplicativos em funcionamento, dia após dia**;
- **teste e instalação de patches** [programa de computador criado para atualizar ou corrigir um *software*];
- **gerenciamento de atualizações**;
- **monitoramento de desempenho**;
- **diagnóstico de falhas**;
- resolução de problemas de TI relativos à **segurança**, à **confiabilidade**, ao **desempenho** e à **disponibilidade**.

(Exemplo: Office 365)

Software Empresarial

Movable Type 6

Amimoto. AMI

Office 365

Magento
Open Source eCommerce

Google Apps for Business

amazon web services™

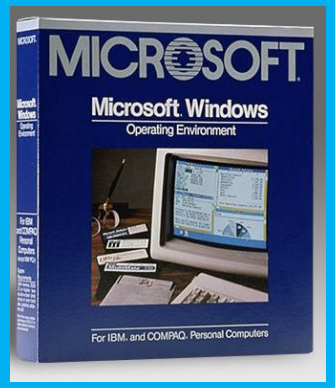
IaaS, PaaS, SaaS

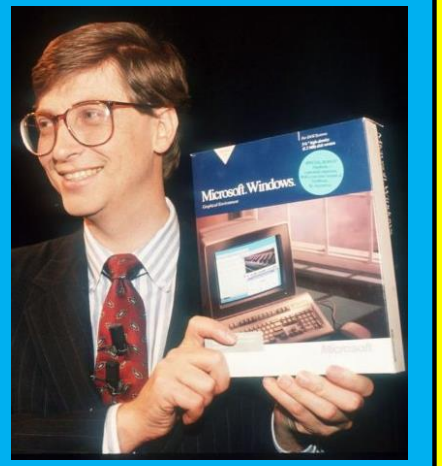
Diferenças entre Software Convencional e SaaS:

- Software Convencional:
  - => Software instalado na máquina do cliente - **licenciamento perpétuo**
- SaaS:
  - => baseado no **uso**: cobra-se do cliente apenas as transações de serviço usadas.
  - => baseado no **tempo**: assinatura – o cliente paga uma taxa fixa, por estação, por um determinado período, por exemplo, mensal ou trimestral, durante o qual terá direito ao uso ilimitado do serviço.

MERCADORIAS

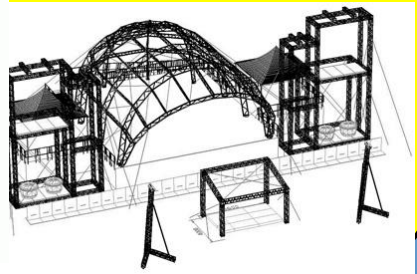
Transferência de Titularidade
Tangibilidade (Corpóreo)





SERVIÇOS

Intangibilidade (Incorpóreo)
Uso, Utilidade, Facilidade, Conforto



Licença de Uso de Software

1 – SERVIÇOS DE INFORMÁTICA E CONGÊNERES.

1.01 – Análise e desenvolvimento de sistemas.

1.02 – Programação.

1.03 - Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres. (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

1.04 - Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos, independentemente da arquitetura construtiva da máquina em que o programa será executado, incluindo tablets, smartphones e congêneres. (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.

1.06 – Assessoria e consultoria em informática.

1.07 – Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados.

1.08 – Planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas.

1.09 - 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). (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

Padronização e Encomenda?

TANGIBILIDADE => CRITÉRIO CONSTITUCIONAL

PADRONIZAÇÃO E ENCOMENDA => CRITÉRIO DE LEI COMPLEMENTAR

4.14 – Próteses sob encomenda.
40.01 - Obras de arte sob encomenda.

≠

1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.

Tributação dos Bens Digitais

MEDIDA CAUTELAR NA ADI nº 5.576 SÃO PAULO (5.659 MINAS GERAIS)

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO (MIN. DIAS TOFFOLI)

REQTE.(S) : CONFEDERACAO NACIONAL DE SERVICOS - CNS

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO (MINAS GERAIS)

INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO (MINAS GERAIS)

DECISÃO:

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional de Serviços - CNS, com pedido de medida cautelar, em que **se pleiteia suspensão de eficácia do artigo 3°, II, da Lei n° 8.198/92 e dos Decretos n° 61.522/15 e 61.791/16 do Estado de São Paulo**. Os dispositivos impugnados possuem a seguinte redação: (...)

Tributação dos Bens Digitais

MEDIDA CAUTELAR NA ADI nº 5.576 SÃO PAULO

3. Defende a **inconstitucionalidade** dos dispositivos, visto que as **empresas estão atualmente sujeitas à imposição** de exigibilidade do recolhimento **do ICMS sobre** as operações com programas de computador – **software, seja por meio físico, sejam as realizadas por transferência eletrônica de dados**, **bem como submetidas ao âmbito de incidência** tributária da Lei Complementar nº 116/03, que prescreve o recolhimento **do ISS** aos Municípios, sobre a mesma operação, o que **majorou a carga tributária desta categoria econômica**, instituindo, na prática, uma **bitributação**. Aduz, ainda, os seguintes **vícios**: (...)

> (i) ***formal***, por **violação os princípios da legalidade tributária** (CF, art. 150, I), na medida em que acabou por instituir, por via transversa, imposto **por intermédio de Decreto e não por Lei Complementar**.
>
> (ii) ***material***, por entender que **não restou configurada a ocorrência do fato gerador do ICMS**, que consiste na **circulação de mercadoria**.

OBRIGADO!

SENAM
IX Seminário Nacional de Gestão Fiscal Municipal