

memorando aos clientes

29.01.2016

Convênio ICMS n. 181/2015 e Decretos Estaduais (SP) n.ºs. 61.522/2015 e 61.791/2016 – Invalidez da tributação de ICMS sobre as operações com softwares, programas, jogos eletrônicos, aplicativos, arquivos eletrônicos e congêneres.

Em 29.12.2015, foi publicado no Diário Oficial da União (D.O.U.) o Convênio ICMS n. 181/2015, no qual o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) autorizou diversas Unidades da Federação a conceder redução de base de cálculo do ICMS que corresponda ao percentual de, no mínimo, 5% (cinco por cento) do valor da operação que envolva softwares, programas, jogos eletrônicos, aplicativos, arquivos eletrônicos e congêneres, padronizados, ainda que sejam ou possam ser adaptados, disponibilizados por qualquer meio, inclusive nas operações efetuadas por meio de transferência eletrônica de dados (download ou streaming), sendo que a cobrança de débitos de ICMS relacionadas a tais operações produzirá efeitos aos fatos geradores ocorridos a partir de 01.01.2016 .

Na prática, a instituição do Convênio possibilita aos referidos Estados a cobrança do ICMS sobre o valor total das operações com softwares, diferentemente do que vinha ocorrendo na maior parte dos Estados, que apenas exigiam o ICMS sobre o valor das mídias físicas, não dos programas em si.

O Estado de São Paulo, em particular, já havia se antecipado em relação ao CONFAZ com a edição do Decreto Estadual (SP) n. 61.522 em 29 de setembro de 2015, decreto este que afastou a incidência do ICMS apenas sobre o (dobro do) valor da mídia e também passou a prever, a partir de 01/01/2016, o recolhimento do ICMS nas operações de vendas de softwares sobre o valor total da operação .

Contudo, em 11 de janeiro de 2016, foi publicado o Decreto Estadual n. 61.791/2016, no qual (i) se suspendeu a cobrança de ICMS nas operações com softwares e congêneres, quando disponibilizados por meio de transferência eletrônica de dados (download ou streaming), até que haja definição quanto ao local de ocorrência do fato gerador; e (ii) se incorporou à legislação paulista (Decreto Estadual n. 45.490/2000 – RICMS/SP) a redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS n. 181/15.

Não obstante, mesmo que em momento futuro venha a ser estabelecida uma definição quanto ao local de ocorrência do fato gerador, observa-se que as alterações legislativas que possibilitaram a tributação das operações com softwares e congêneres pelo ICMS possuem vícios de ordem legal e constitucional.

Em primeiro lugar, conforme se infere dos itens “1.04” e “1.05” da lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003 , as operações com softwares, personalizados ou não, estão sujeitas ao Imposto Sobre Serviços

¹ Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Paraná, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins.

² O Convênio autoriza os Estados a não exigir, total ou parcialmente, os débitos fiscais do ICMS, lançados ou não, inclusive juros e multas, relacionados com as operações previstas, ocorridas até a data de início da vigência deste convênio. Essa não exigência veda a restituição ou compensação de importâncias já pagas e deverá observar as condições estabelecidas na legislação estadual.

³ Importante mencionar que o referido “benefício” possui caráter opcional, em substituição à sistemática normal de tributação, sendo vedada a apropriação de quaisquer outros créditos ou benefícios fiscais pelo contribuinte em caso de sua utilização.

⁴ Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (...)

1.04 – Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos.

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

memorando aos clientes

29.01.2016

de Qualquer Natureza – ISSQN, sendo que, de acordo com o art. 2º, inciso V da LC 87/96, somente poderão sofrer a incidência do ICMS quando (i) houver fornecimento de mercadorias (mediante mídias – suporte físico) com prestação de serviços; e (ii) principalmente, quando houver previsão expressa na lei complementar aplicável ao imposto municipal (LC 116/2003); situação esta que, de pronto, não se verifica na legislação complementar do ISSQN em relação aos itens “1.04” e “1.05”.

Ainda, quanto à hipótese da tributação de operações de “softwares” mediante “download” ou “streaming”, verifica-se que trata-se de uma nova hipótese de incidência não prevista no art. 155, inciso II da Constituição Federal de 1988 (CF/88), sendo necessária a edição de Lei Complementar específica, nos termos do art. 146 da CF/88.

Com efeito, as operações de “softwares” via “download” ou “streaming” não se assemelham à hipótese de incidência do ICMS prevista no art. 155, II da CF/88, pois: (i) nem o “download”, nem o “streaming” caracterizam, em termos fiscais, uma circulação efetiva de mercadorias (transferência de propriedade); e (ii) o software em si é um bem imaterial e intangível, não sendo possível identificá-lo, de forma objetiva, com uma mercadoria concreta. Nesse sentido, inclusive, é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) conforme se infere dos precedentes exarados nos Recursos Extraordinários (RE) nºs 176.626/SP e 199.464/SP.

Por fim, vale ressaltar que a tributação do ICMS sobre as operações com softwares e congêneres realizadas mediante “download” ou “streaming” em âmbito internacional é ilegal haja vista que somente haverá a incidência do “ICMS-Importação” no âmbito em que ocorre o desembaraço aduaneiro (art. 12, inciso IX, da LC 87/96), o que não ocorre na referida situação.

Diante das considerações tecidas, recomenda-se, desde já, aos contribuintes impactados pelas medidas legislativas aqui mencionadas a propositura de medida judicial em face da patente ilegalidade e inconstitucionalidade das normas que impuseram a incidência de ICMS sobre softwares, programas, jogos eletrônicos, aplicativos, arquivos eletrônicos e congêneres.

Sendo o que nos apresentava para o momento, permanecemos à disposição de V. Sas. para quaisquer esclarecimentos adicionais.

’ memorando aos clientes

29.01.2016

Equipe responsável pela elaboração deste Memorando:

Eduardo Pugliese Pincelli (eduardo.pugliese@souzaschneider.com.br)

Flavio Eduardo Carvalho (flavio.carvalho@souzaschneider.com.br)

Rafael Fukuji Watanabe (rafael.watanabe@souzaschneider.com.br)

Thomas Ampessan Lemos da Silva (thomas.ampessan@souzaschneider.com.br)

Alberto Frederico Teixeira Soares Carbonar (alberto.carbonar@souzaschneider.com.br)

Tatiana Ergang Barros (tatiana.barros@souzaschneider.com.br)

Stefani Ventura Vargas (stefani.vargas@souzaschneider.com.br)

Nando Machado Monteiro dos Santos (nando.machado@souzaschneider.com.br)

’

r. Cincinato Braga 340 , 9º andar
São Paulo , SP , Brasil , 01333-010
tel +55 11 3201 7550 , fax +55 11 3201 7558

Brasília Shopping , SCN quadra 5
bloco A , Torre Sul , 14º andar , sala 1406
Brasília , DF , Brasil , 70715-900
tel +55 61 3251 9403 , fax +55 61 3251 9429

souzaschneider.com.br

Este informativo é elaborado pelo Souza, Schneider, Pugliese e Sztokfisz Advogados especialmente para seus clientes, com o objetivo de mantê-los informados acerca das principais notícias de interesse no âmbito do Direito Tributário. São vedadas a reprodução, a divulgação ou a distribuição de seu conteúdo, total ou parcial, sem prévia autorização do escritório. Em caso de dúvidas, nossos advogados estão à inteira disposição para esclarecimentos adicionais. Caso não deseje mais receber este informativo, ou caso deseje indicar outra pessoa para seu recebimento, por favor envie sua solicitação para contato@souzaschneider.com.br.