CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº ___, DE 2018

Do Sr. Goulart

Susta o convênio ICMS 106, de 29 de setembro de 2017, do CONFAZ, que disciplina os procedimentos de cobrança do ICMS incidente nas operações com bens e mercadorias digitais comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados e concede isenção nas saídas anteriores à saída destinada ao consumidor final.

O CONGRESSO NACIONAL DECRETA:

Art. 1º. Nos termos do art. 49, inciso V, da Constituição Federal, fica sustado o Convênio ICMS 106, de 29 de setembro de 2017, do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, que disciplina os procedimentos de cobrança do ICMS incidente nas operações com bens e mercadorias digitais comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados e concede isenção nas saídas anteriores à saída destinada ao consumidor final.

Art. 2º. Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A boa técnica legislativa obriga o uso de dois instrumentos distintos (Projetos de Decretos Legislativos – PDC) para sustar dois atos administrativos também distintos. Contudo, a matéria tratada pelos Convênios ICMS 181/2015 e 106/2017, é a mesma, são, em verdade, diplomas complementares, argumentando-se, então, no sentido de sustar ambos: o principal e seu complemento.

A discussão se abre com o questionamento sobre qual imposto incide sobre as vendas de softwares por download. Ocorre que a fragilidade na definição do critério material como

mercadoria ou como serviço traz um específico conflito de competência entre Estados e Municípios, que reafirmam ora a tributação pelo ICMS e por outro lado, a tributação pelo ISS sobre a operação com bens e mercadorias digitais comercializados por meio de transferência eletrônica de dados.

O Convênio ICMS nº. 106, publicado no DOU de 05 de outubro de 2017 possibilitou a cobrança pelos Estados sobre operações com softwares, programas, jogos eletrônicos, aplicativos, arquivos eletrônicos e congêneres, que sejam padronizados, ainda que tenham sido ou possam ser adaptados, comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados (download ou streaming). O ICMS seria recolhido nas saídas internas e nas importações destinadas a consumidor final, atribuindo, ainda, de forma facultativa, a responsabilidade por recolhimento a terceiros.

Em outra medida, diversos Municípios, como o Secretário Municipal da Fazenda de São Paulo, há normas de caráter interpretativo, impositivo e vinculante sobre a exigência de ISS sobre licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação por meio de suporte físico ou por transferência eletrônica de dados ("download de software"), ou quando instalados em servidor externo ("Software as a Service – SaaS"), independentemente de o software ter sido programado ou adaptado para atender à necessidade específica do tomador ("software por encomenda") ou ser padronizado ("software de prateleira ou 'off the shelf'").

O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento, por meio do RE 176.626-SP, afirmando que os programas chamados softwares de prateleiras são caracterizados como mercadorias e sujeitos à incidência de ICMS e os programas que não tivessem suporte físico seriam tratados como bens incorpóreos, sujeitos ao ISS, se caracterizando como licenciamento ou cessão do direito de uso de programa de computador. Não havendo ainda uma decisão quanto ao software via download, tendo este um tratamento idêntico ao software contido em base física.

Demonstra-se assim a grande celeuma jurídica e a dupla tributação sobre a qual estão sujeitas as operações com software, isso porque já eram tributadas por ISS e agora estão sendo tributadas também por ICMS, ensejando, de acordo com as empresas de tecnologia, aumento da

carga tributária de até 600%, com impacto direto na formação de preços ao consumidor final e nas decisões sobre tomadas de negócios e investimentos no setor de tecnologia.

O Dr. Maurício Barros, Professor da FGV/SP e membro do grupo de pesquisa sobre Tributação e Novas Tecnologias da Direito FGV/SP redigiu artigo que expõe didaticamente as antijuridicidades dos Convênios sustados por este Decreto:

> "(...) o Convênio 106 também viola outros pontos da CF/88 e da LC 87/96 ao /pretensamente) estabelecer normas gerais de ICMS, sobretudo ao adotar conceito próprio de "estabelecimento" virtual (Cláusula quarta), considerar todas as operações interestaduais como internas (Cláusulas terceira e quarta) e trazer regras de sujeição passiva tributária (Cláusula quinta), a saber:
>
> **(a) Repartição do ICMS nas operações interestaduais**: ao estabelecer que o ICMS será todo devido aos Estados dos adquirentes, o Convênio viola o art. 155, § 2º, VII, "b", da CF/88, que expressamente impõe a adoção de alíquotas interestaduais;
>
> **(b) Pacto federativo e autonomia municipal:** o Convênio contraria a cláusula pétrea prevista nos arts. 1º, *caput*, e 18, *caput*, e garantida pelo art. 60, § 4º, I, da CF/88, pois a concentração do ICMS no Estado de destino interfere no repasse do produto da arrecadação do ICMS dos Estados aos municípios (art. 158, IV, da CF/88), o que pode gerar perda de receitas aos entes municipais (e diminuição de sua autonomia);
>
> **(c) Competência privativa do Senado Federal para determinar alíquotas interestaduais de ICMS:** ao zerar o ICMS devido aos Estados de origem nas operações interestaduais, o Convênio viola o art. 155, § 2º, IV, da CF/88, que prevê que resolução do Senado Federal deve estabelecer as alíquotas aplicáveis às operações interestaduais;
>
> **(d) LC 95/98:** ao determinar que os contribuintes (sites ou plataformas eletrônicas) deverão se inscrever nos Estados em que praticarem <u>saídas internas</u> ou de importação destinadas a consumidor final, o Convênio adota engenhoso jogo de palavras para, de maneira confusa, deslocar a competência tributária para os Estados dos consumidores, o que fere o art. 11, II, "a" e "c", da LC 95/98, que exige clareza e precisão dos textos

normativos. Essa falta de clareza também é percebida no ponto em que trata da "responsabilidade" sem especificar se é o caso de solidariedade ou de responsabilidades solidária/subsidiária ou de terceiros;

(e) Indevido conceito de "estabelecimento" para fins de ICMS: o Convênio adota um conceito próprio de "estabelecimento" que viola a imposição constitucional de utilização de lei complementar para a instituição de normas gerais em matéria tributária (art. 146, CF/88) e os arts. 109 e 110, do CTN, cuja interpretação sistemática aponta que os institutos de direito privado, quando não tenham recebido tratamento específico da lei tributária, devem ser levados em conta na interpretação das regras de tributação;

(f) Competência privativa de lei complementar para estabelecer o local da ocorrência do fato gerador: considerando que define "estabelecimento" também para apontar o local da ocorrência do fato gerador do ICMS, o Convênio viola matéria de competência exclusiva de lei complementar, nos termos do art. 155, XII, "d", da CF/88;

(g) Indevida definição de sujeição passiva de ICMS: ao definir a sujeição passiva tributária nas operações com bens digitais, o Convênio invade matéria que é de competência exclusiva de lei complementar, conforme art. 155, XII, "a", da CF/88;

(h) Ilegalidade na incidência de ICMS na importação de "bens digitais": essa determinação viola frontalmente o art. 12, IX, da LC 87/96, que aponta que o ICMS devido na importação tem como momento de incidência o desembaraço aduaneiro (não há qualquer desembaraço aduaneiro nas operações envolvendo bens digitais);

(i) Violações à LC 116/03: o Convênio prevê a incidência do ICMS também nas operações com software e nas situações em que os bens digitais são utilizados apenas temporariamente pelos contratantes, tal como ocorre nas operações de contratação de software na nuvem (SaaS) ou de streaming de músicas e vídeos. Nesse ponto, o Convênio viola a LC 116/03, que determina a incidência do ISS nas operações de "licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação" (item 1.05) e na "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)".

Sem prejuízo de outras abordagens não detectadas nessas breves considerações, os Convênios 181/2015 e 106/2017 instituem indevidamente novas materialidades de ICMS e violam uma série de dispositivos constitucionais e legais, causam prejuízo à população como consumidor final, deprecia o ambiente de negócios em tecnologia, razão pela qual sua invalidade é evidente, independentemente da possibilidade em si de o ICMS incidir sobre operações com bens digitais. "

Diante ao exposto, entendemos a urgência em sustar o Convênios ICMS nº 106/2017, visto que exorbita do poder regulamentar e, também, dos limites de delegação legislativa do CONFAZ. Assim sendo, rogo aos nobres Pares para que apoiem o referido Decreto, de forma a sustar a portaria em tela.

Brasília – DF, em 19 de junho de 2018.

_____

Deputado Goulart

PSD/SP