

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.958 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S) : BRASSCOM - ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TECNOLOGIA DA INFORMACAO E COMUNICACAO
ADV.(A/S) : ENZO ALFREDO PELEGRINA MEGOZZI
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA - CONFAZ
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO:

Vistos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela BRASSCOM – Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do Convênio ICMS nº 106, de 29 de setembro de 2017, e a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 2º, I, da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, para afastar “qualquer possível interpretação que permita a incidência do ICMS sobre operações de transferência eletrônica de *softwares* e congêneres”.

Eis o teor da legislação questionada:

Convênio ICMS nº 106, de 29 de setembro de 2017:

“**Cláusula primeira** As operações com bens e mercadorias digitais, tais como 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 observarão as disposições contidas neste convênio.

Cláusula segunda As operações com os bens e mercadorias digitais de que trata este convênio, comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados anteriores à saída destinada ao consumidor final ficam isentas do ICMS.

Cláusula terceira O imposto será recolhido nas saídas internas e nas importações realizadas por meio de site ou de plataforma eletrônica que efetue a venda ou a disponibilização, ainda que por intermédio de pagamento periódico, de bens e mercadorias digitais mediante transferência eletrônica de dados, na unidade federada onde é domiciliado ou estabelecido o adquirente do bem ou mercadoria digital.

Cláusula quarta A pessoa jurídica detentora de site ou de plataforma eletrônica que realize a venda ou a disponibilização, ainda que por intermédio de pagamento periódico, de bens e mercadorias digitais mediante transferência eletrônica de dados, é o contribuinte da operação e deverá inscrever-se nas unidades federadas em que praticar as saídas internas ou de importação destinadas a consumidor final, sendo facultada, a critério de cada unidade federada:

I - a indicação do endereço e CNPJ de sua sede, para fins de inscrição;

II - a escrituração fiscal e a manutenção de livros e documentos no estabelecimento referido no inciso I;

III - a exigência de indicação de representante legal domiciliado em seu território.

§ 1º A inscrição de que trata o caput será realizada, preferencialmente, por meio da internet, mediante procedimento simplificado estabelecido por cada unidade federada.

§ 2º A critério da unidade federada, poderá ser dispensada a inscrição de que trata esta cláusula, devendo o imposto, neste caso, ser recolhido por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE, ou documento de arrecadação estadual previsto na legislação da respectiva unidade.

Cláusula quinta Nas operações de que trata este

ADI 5958 / DF

convênio, as unidades federadas poderão atribuir a responsabilidade pelo recolhimento do imposto:

I - àquele que realizar a oferta, venda ou entrega do bem ou mercadoria digital ao consumidor, por meio de transferência eletrônica de dados, em razão de contrato firmado com o comercializador;

II - ao intermediador financeiro, inclusive a administradora de cartão de crédito ou de outro meio de pagamento;

III - ao adquirente do bem ou mercadoria digital, na hipótese de o contribuinte ou os responsáveis descritos nos incisos anteriores não serem inscritos na unidade federada de que trata a cláusula quarta;

IV - à administradora de cartão de crédito ou débito ou à intermediadora financeira responsável pelo câmbio, nas operações de importação.

Cláusula sexta A pessoa jurídica que der saída do bem ou mercadoria digital na forma de que trata este convênio deverá emitir Nota Fiscal Eletrônica - NF-e, modelo 55.

Cláusula sétima Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do sexto mês subsequente ao da sua publicação.”

Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996:

“Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;”

A requerente diz ter legitimidade ativa, com base no art. 103, IX, da Constituição Federal. Entende haver pertinência temática entre a questão de fundo e suas atribuições institucionais. Nessa direção, aduz que: a) um dos seus objetivos é o fomento e o desenvolvimento do setor de tecnologia da informação e comunicação, incluindo o subsetor de

ADI 5958 / DF

software, bem assim a contribuição para a formulação de políticas públicas, com o propósito de fomentar tais atividades em âmbito nacional; b) as normas questionadas tratam da incidência do ICMS sobre **softwares**. Informa que seu quadro associativo reúne sessenta e dois grupos empresariais, que abarcam trezentas e sessenta e seis empresas, com sedes em dez unidades da federação. Aponta a possibilidade do controle de constitucionalidade em face do convênio combatido, tendo em vista o caráter normativo geral, impessoal e abstrato.

Argumenta não ser aplicável ao caso o entendimento proferido no RE nº 176.626/SP, pois a diferenciação entre **software** de prateleira e customizável não seria adequada do ponto de vista legislativo nem seria mais suficiente para solucionar novos desafios surgidos do desenvolvimento tecnológico. Quanto à ADI nº 1.945/MT, assinala estar ela pendente de julgamento definitivo, não sendo conhecidos “os votos (quanto ao mérito da tributação) dos integrantes desta Corte Constitucional”.

Diz que a cláusula terceira do convênio violou o art. 155, § 2º, VII e VIII, da Constituição Federal, ao prever que, em operações envolvendo “bens e mercadorias digitais” comercializados por meio de transferência eletrônica de dados, o recolhimento do imposto estadual caberá integralmente ao Estado de destino”. Segundo a requerente, essa cláusula tratou como saídas internas operações que podem ser realizadas entre diferentes estados, ignorando regra que determina a aplicação da alíquota interestadual em tais operações. Sustenta ter o convênio alterado a sistemática de distribuição de receita referida no inciso VII daquele parágrafo do art. 155 da Carta Federal. Em reforço a isso, indica o entendimento da Corte proferido no julgamento das ADIs nºs 4.565/PI-MC, 4.628/DF e 4.713/DF e no do RE nº 680.089/SE.

Aduz que a cláusula quarta do convênio contrariou os arts. 146, III, a, e 155, § 2º, XII, a, do texto constitucional, pois ela teria fixado quem seria o contribuinte do ICMS nas operações com bens e mercadorias digitais comercializados por tal meio. Assevera, ao lado disso, que a cláusula teve a intenção de criar “hipótese não prevista no ordenamento

ADI 5958 / DF

constitucional, com o objetivo de sempre justificar a aplicação indiscriminada da alíquota interna". Sustenta também ter ela violado os arts. 170, **caput** e parágrafo único, e 152, da Constituição federal, pois restringiu a comercialização de bens com consumidores de outros estados.

Quanto à cláusula quinta, assevera ter havido ofensa aos arts. 146, III, e 155, § 2º, XII, d, da Carta Federal, que preceituariam caber à lei complementar, e não a um convênio celebrado no CONFAZ, determinar a responsabilidade pelo pagamento do tributo. Entende ser aplicável à espécie orientação proferida no exame da medida cautelar na ADI nº 5.866/DF.

Conta que o convênio, ao considerar como internas todas as operações com bens e mercadorias digitais comercializados por meio de transferência eletrônica de dados, violou a competência do Senado Federal para definir as alíquotas interestaduais do tributo (art. 155, § 2º, IV, da Constituição Federal). Argumenta também que o diploma feriu o art. 155, § 2º, XII, g, do texto constitucional, pois, da sua perspectiva, esse dispositivo permite que os convênios editados no âmbito do CONFAZ tratem apenas de certas questões relativas à concessão de isenções, benefícios e incentivos fiscais.

No tocante às demais cláusulas do convênio combatido, diz que elas são inconstitucionais por arrastamento, por terem clara dependência com as impugnadas. Nesse sentido, diz que essas outras cláusulas carecem de autonomia normativa e limitam-se "a prever instrumentos de operacionalização das disposições inconstitucionais e cunho normativo editados pelo CONFAZ".

Anota que deve ser declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 2º, I, da LC nº 87/96, "para afastar qualquer possibilidade de incidência do ICMS sobre operações com *software*". Segundo a requerente, nessas operações faltariam os elementos mercadoria e circulação, que são pressupostos para a cobrança do tributo.

Sustenta que o conceito de mercadoria, para efeito da incidência do imposto, está intrinsecamente conectado com a ideia da existência de um

ADI 5958 / DF

bem corpóreo. Menciona, nessa direção, o art. 191 do antigo Código Comercial. Contudo, continua a requerente, o **software** é um bem intangível, seja ele customizável ou não. Aponta, nesse direção, as Leis nºs 9.609/98 e 9.610/98.

Sobre o conceito de circulação, assevera estar ele ligado à transferência de titularidade do bem objeto da operação. A respeito do assunto, indica o art. 1.267 do Código Civil bem como a orientação proferida no exame do RE nº 540.829/SP. Todavia, na óptica da requerente, não existe tal transferência nas operações com **software**, pois, nessas operações, o que se tem é uma mera licença ou cessão de uso. Cita, nesse sentido, a Lei nº 9.609/98. Argumenta que só é possível a mudança da titularidade de um **software** por meio da alienação do seu código-fonte.

A propósito, diz que aqueles elementos não estão presentes no caso de operações com **software** disponibilizado “em nuvem”. Nessa hipótese, segue a requerente, “o usuário remunera o detentor da licença mediante pagamentos periódicos, em regime de assinatura por tempo de utilização da licença de uso”. Sustenta ser esse raciocínio também aplicável ao caso de utilização da tecnologia denominada **streaming**, caracterizada “pela disponibilização por uma ou mais fontes emissoras e transmissão, por intermédio de redes de computadores, especialmente pela rede internet, de conteúdos multimídia ao vivo ou off-line”.

Defende que a LC nº 116/03 estabeleceu a incidência do ISS sobre o licenciamento ou a cessão de direito de uso de programas de computação. Com a edição da LC nº 157/16, entende ter ficado mais evidente a sujeição das operações com **software** ao imposto municipal. Destaca ter a lei complementar o papel de dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios.

Sustenta, por fim, que estão presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar, destacando que a produção de efeitos do convênio questionado iniciou em 1º de abril de 2018. A respeito do **periculum in mora**, refere que a manutenção do convênio questionado resultará em

ADI 5958 / DF

bitributação, gerando monumental impacto econômico para o setor representado. Ademais, aduz que, caso não haja a concessão da medida cautelar e os pedidos formulados na inicial sejam, ao final, acolhidos, suas associadas dificilmente serão ressarcidas dos pagamentos indevidos.

É o breve relato.

Em razão da relevância da matéria, entendo que deva ser aplicado o procedimento abreviado do art. 12 da Lei nº 9.868/99, a fim de que a decisão seja tomada em caráter definitivo.

Solicitem-se informações aos órgãos requeridos, intimando-se o Senhor **Ministro de Estado da Fazenda** e os Senhores **Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal**, para que, no **prazo comum de dez dias** (art. 12 da Lei nº 9.868/99), prestem as necessárias informações a respeito do que contido na inicial.

Após, abra-se vista, sucessivamente, no prazo de cinco dias, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 21 de junho de 2018.

Ministro **DIAS TOFFOLI**

Relator

Documento assinado digitalmente