

Decisões afastam ICMS sobre as operações com softwares

A questão relativa à incidência do ICMS sobre as operações com softwares, aplicativos e demais arquivos eletrônicos foi recentemente submetida à apreciação do Judiciário. Muito embora não exista ainda entendimento jurisprudencial pacífico, o posicionamento dos tribunais tem sido favorável aos contribuintes.

A primeira ação de que se teve notícia foi o Mandado de Segurança^[1] impetrado pelo Sindicato das Empresas de Processamento de Dados e Serviços de Informática do Estado de São Paulo (Seprosp), em que se buscava o afastamento da incidência do ICMS sobre *“toda e qualquer operação envolvendo softwares”*.

Ao analisar o caso, a juíza da 2ª Vara da Fazenda Pública proferiu decisão liminar afastando a aplicação dos Decretos 61.522/15 e 61.791/16 em razão de violação ao princípio da legalidade tributária, e da bitributação sobre o mesmo fato gerador, já que tais operações estariam sujeitas ao ISS.

A liminar mencionou, ainda, que o STF já teria se manifestado sobre o tema na ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 176.626, onde restou consignado que o ICMS não incide sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso dos programas de computador produzidos em séria e comercializados no varejo (*“software de prateleira”*). Vale destacar que ao analisar o caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve essa decisão liminar.

No mesmo sentido, em ação judicial ajuizada pelo Sindicato das Empresas de Informática do Rio Grande do Sul (Seprorgs)^[2], com o intuito de afastar a incidência de ICMS nas operações com softwares e demais arquivos eletrônicos disponibilizados por qualquer meio, foi proferida decisão, em sede liminar, semelhante ao adotado em São Paulo, no sentido de que a legislação estadual fere os princípios da competência e legalidade e que está configurada a bitributação, uma vez que incide ISS, exigido pelos entes municipais, sobre o mesmo fato gerador.

Com isso, no Rio Grande do Sul, ficam afastados os efeitos dos Decretos Estaduais 52.904/2016 e 53.121/2016 com relação aos associados do Sindicato até o julgamento definitivo da ação.

Interessante notar que tanto em São Paulo quanto no Rio Grande do Sul, as dúvidas geradas com relação à cobrança do ICMS sobre as operações com software, especialmente sem meio físico, fez com que os Estados publicassem atos normativos^[3] estabelecendo que o imposto estadual não seja exigido até que haja definição do local da operação para efeitos de determinação do estabelecimento do responsável pelo seu pagamento.

Em São Paulo, a publicação do Decreto 61.791/16 foi seguida, ainda, pelo ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade^[4], movida pela Confederação Nacional de Serviços com intuito de ver reconhecida a inconstitucionalidade do decreto diante da criação de bitributação e nova hipótese de incidência do imposto estadual.

Neste sentido houve, inclusive, Proposta de Emenda Constitucional (PEC 137/2012) submetida à apreciação do plenário, sugerindo que tais espécies fossem incluídas no rol elencado no artigo 150 da

Constituição Federal. No entanto, no ano passado referida proposta foi arquivada e permanece sem andamentos desde então.

Como podemos ver, o assunto é controverso e deve gerar ainda muitos questionamentos a serem enfrentados pelo Poder Judiciário, sendo certa a necessidade de maior regulamentação sobre o tema, de forma a prevenir abusos e afastar a insegurança jurídica.

[1] Mandado de Segurança 1032928-66.2016.8.26.0053

[2] Ação Declaratória com Pedido de Tutela Antecipada 1160124279-5

[3] Decreto 61.791, de 11.1.2016 (SP) e Decreto 46.877, de 19.9.2016 (RS).

[4] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5576/SP.

Date Created

04/11/2016