



## Cesar Rezende: SP fere lei ao mudar imposto sobre venda de software

O Brasil, no dia 31 de agosto de 2016, passou por uma prova. Sabatina para demonstrar o país que pretende ser. Alguns dirão se tratar de um processo legítimo, outros alegarão se tratar de uma fraude e, portanto, um golpe. Posições antagônicas a parte, parece que o Brasil é um celeiro de acordos clandestinos, um país que se desenvolve a margem do debate da sociedade brasileira.

Possuímos diversos exemplos de “negociatas” políticas, sejam elas benéficas ou abusivas, desde a inclusão de artigos na Constituição de 1988 de maneira sorrateira e assumidamente declarada anos após a sua promulgação, até troca de gentilezas e respeitos entre os adversários vorazes do último pleito presidencial. Passamos por este caminho, acredito, inocentemente, para atingirmos a maturidade, gostemos ou não, é a maneira que o brasileiro optou em trilhar o caminho e enxergar o mundo.

O governo de São Paulo, bem como o Confaz é o reflexo destas “negociatas”. O governador de São Paulo, envolto, como quase todo o mundo, na crise de arrecadação decorrente da crise econômica, em setembro de 2015, decretou a revogação da legislação do estado que garantia às empresas vendedoras de programas de computador (os personalizados ou não) a não incidência do ICMS sobre a venda, cessão, permissão de programas de computador.

Isto é, a legislação revogada garantia que o ICMS teria como base de cálculo o valor da mídia, portanto, se a empresa que desenvolve o programa cedesse, permitisse ou emprestasse por meio eletrônico, sem a transferência para um disco e consequentemente transferência do disco para terceiros não haveria a incidência do ICMS.

No entanto, como estamos em crise econômica e o estado necessita aumentar a arrecadação, nada melhor do que alterar, absurdamente, a base de cálculo do tributo. E, assim, por meio de decreto de setembro de 2015, abandona-se a ideia de utilizar como base de cálculo o suporte físico (mídia) para utilizar o valor global da operação de venda do software.

Aliada a alteração legislativa de São Paulo, o Confaz, por meio do Convenio 181 de 2015, autorizou Estados a tributar a operação de venda de software, com alíquota mínima de 5% (cinco por cento).

No mesmo sentido, o estado de São Paulo, por meio do Decreto 61.791, de 11 de janeiro de 2016, alterou a legislação para aplicar a incidência do ICMS sobre operações com programas de computador, prescreve-se:



*“artigo 1º – Ficam acrescentados os dispositivos adiante indicados ao Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS, aprovado pelo Decreto nº 45.490, de 30 de novembro de 2000, com a seguinte redação: I – o artigo 37 às Disposições Transitórias: “Artigo 37 (DDTT) – Não será exigido o imposto 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”.*

Continua o Decreto:

*“II – o artigo 73 ao Anexo II: 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”.*

Como se observa, o governo de São Paulo, talvez outros estados também se utilizarão da autorização do CONFAZ<sup>[1]</sup>, sem nenhum alarde, sem nenhuma informação ao contribuinte, pretende, tão logo seja possível, competir com os diversos municípios, pois, sabe-se a muitos anos que a opção legislativa federal foi definir que o desenvolvimento de programas, personalizados ou não, sofram a incidência da tributação municipal – o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza/ISSQN -, excluindo, desta forma, a incidência do ICMS na prestação de serviços, conforme expressão do artigo 1º, parágrafo 2º, da Lei Complementar 116, de 31 de julho 2003<sup>[2]</sup>.

Antes de apresentar a ilegalidade e inconstitucionalidade decorrente da disputa de arrecadação instada pelo governo de São Paulo, mister se faz lembrar a grande celeuma e disputa travada entre os contribuintes e as Prefeituras Municipais. Por edição de decreto estabeleceram a majoração ou alteração da base de cálculo do IPTU, recebendo destaque na jurisprudência do Supremo o alerta contra o populismo político.

Em julgamento no Supremo Tribunal Federal foi destacado o seguinte:

*“Recurso extraordinário. 2. Tributário. 3. Legalidade. 4. IPTU. Majoração da base de cálculo. Necessidade de lei em sentido formal. 5. Atualização monetária. Possibilidade. 6. É inconstitucional a majoração do IPTU sem edição de lei em sentido formal, vedada a atualização, por ato do Executivo, em percentual superior aos índices oficiais. 7. Recurso extraordinário não provido. (RE 648245, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-038 DIVULG 21-02-2014 PUBLIC 24-02-2014)”*



Sobre o julgamento em tela, recebido como Repercussão Geral, tema 211, a ministra Cármen Lúcia, declara que é importante destacar que o julgamento se restringe a realidade de administradores públicos alterarem a base de cálculo por meio de Decreto, o que não é lei em sentido formal, contrariando o artigo 150, inciso I<sup>[3]</sup>, da Constituição; bem como o artigo 97, inciso II, parágrafo 1º<sup>[4]</sup>, do Código Tributário Nacional.

Evidencia-se que a preocupação de nossa Suprema Corte não se restringia a realidade municipal, decorrente do abuso do alcaide, mas, sim, na realidade dos diversos Chefes dos Poderes Executivos que a pretexto de arrecadar mais, buscam tergiversar a legislação para atenderem a necessidade de arrecadação de tributos, porém ultrapassando o direito do contribuinte em não ser sujeito passivo de uma relação jurídica tributária mambembe, ilegal e inconstitucional.

Observe-se, ainda, que não só o contribuinte é objeto desta “negociata”, pois a manobra elaborada pelos estados foi realizada por meio de Convenio Confaz, já acima referido, estabelecendo o valor da alíquota no mínimo de 5% (cinco por cento), tornando o ICMS compatível com a alíquota de ISS cobrada pela Prefeitura de São Paulo, mas é mais gravosa do que as alíquotas de municípios como Santana de Parnaíba e Barueri<sup>[5]</sup>.

A legislação paulista é claramente inconstitucional e ilegal, conforme visto acima, conflita com o julgamento do Supremo Tribunal Federal, além disso, há conflito com as normas Constitucionais sobre competência tributária<sup>[6]</sup> e com a Lei Complementar 116.

A Lei Complementar 116 prescreve a hipótese de incidência e é taxativa ao enumerar os fatos jurídicos tributáveis por meio do ISS<sup>[7]</sup>: serviços de informática e congêneres; análise e desenvolvimento de sistemas; Programação; Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos; licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação; assessoria e consultoria em informática; suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados; planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas.

Tudo aponta pela ilegalidade da legislação do Estado de São Paulo, e mesmo o Convenio Confaz, havendo um descompasso com as demais legislações. No entanto, o contribuinte deverá estar atento com a postura estabelecida pelo Fisco paulista, podendo ser surpreendido com autuações fiscais milionárias, além disso, sofrerá as ameaças; tem se tornado praxe no sistema tributário nacional; de ser imputado o crime de sonegação fiscal.

Por fim, prefeituras do estado de São Paulo deverão se posicionar contra a ilegal postura do governo, pois pretende o Estado Bandeirante concentrar mais e mais a sua receita, agravando os Municípios com a crise econômica e, conseqüentemente, com a crise de arrecadação.

**[1] CONVÊNIO ICMS 181, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2015 Publicado no DOU de 29.12.15, pelo despacho 244/15. Ratificação Nacional no DOU de 30.12.15, pelo Ato Declaratório 29/15. Retificação no DOU de 20.01.16. Autoriza as unidades federadas que especifica a conceder redução de base de cálculo nas operações com softwares, programas, jogos eletrônicos, aplicativos, arquivos eletrônicos e congêneres na forma que especifica. O Conselho Nacional de Política**



**Fazendária – CONFAZ**, na sua 255ª Reunião Extraordinária, realizada em Brasília, DF, no dia 28 de dezembro de 2015, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolve celebrar o seguinte **C O N V Ê N I O Cláusula primeira** Ficam os Estados do 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, Tocantins autorizados a conceder redução na base de cálculo do ICMS, de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de, no mínimo, 5% (cinco por cento) do valor da operação, relativo às operações com 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 da transferência eletrônica de dados. **Cláusula segunda** O benefício previsto neste convênio será utilizado opcionalmente pelo contribuinte em substituição à sistemática normal de tributação, sendo vedada à apropriação de quaisquer outros créditos ou benefícios fiscais. Cláusula terceira Ficam as unidades federadas referidas na cláusula primeira autorizadas a não exigir, total ou parcialmente, os débitos fiscais do ICMS, lançados ou não, inclusive juros e multas, relacionados com as operações previstas na cláusula primeira, ocorridas até a data de início da vigência deste convênio. Parágrafo único. A não exigência de que trata esta cláusula: I – não autoriza a restituição ou compensação de importâncias já pagas; II – observará as condições estabelecidas na legislação estadual. **Cláusula quarta** Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016. **RETIFICAÇÃO Publicada no DOU de 20.01.16.** No Despacho do Secretário-Executivo nº 244/15, de 28 de dezembro de 2015, publicado no DOU de 29 de dezembro de 2015, Seção 1, páginas 28 e 29, nos Convênios ICMS 181/15 a 186/15, **onde se lê:** “Presidente do CONFAZ – Nelson Henrique Barbosa Filho; Receita Federal do Brasil – Jorge Antônio Deher Rachid; Acre – Joaquim Manoel Mansour Macedo; ...”, **leia-se:** “Presidente do CONFAZ – Nelson Henrique Barbosa Filho; Acre – Joaquim Manoel Mansour Macedo; ...”. MANUEL DOS ANJOS MARQUES TEIXEIRA

[2] Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.(...) § 2º **Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.**

[3] Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

[4] Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: II – a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; § 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

[5] Para os serviços de software as alíquotas destes municípios são de 2% (dois por cento), conforme



tabela encontrada na página oficial dos municípios.

[6] Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...) IX – incidirá também: (...) b) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

[7] Estes serviços estão expressos na lista anexa item 1 e seus sub itens.

**Date Created**

11/09/2016