

## ICMS x ISS – Ambiente Digital

Em 2017, através do Convênio ICMS nº 106, passaram a estar disciplinados os procedimentos para a cobrança do ICMS nas operações relativas a comercialização de **“bens e mercadorias digitais por meio da transferência eletrônica de dados.”** O tema já estava previsto no Convênio ICMS nº 181/2015<sup>1</sup>, que contemplava essas operações como suscetíveis à incidência do tributo estadual.

Sem dúvida, a partir da edição do Convênio ICMS nº 106/2017, instaurou-se um conflito de competência entre Estados e Municípios em relação à tributação dos negócios da economia digital.

De fato, a Lei Complementar nº 116/2003, com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 157/2016, dispõe sobre a possibilidade de incidência do ISS sobre as operações realizadas no ambiente digital que, com a edição do Convênio ICMS nº 106/2017 passam, também, a ser tributadas pelo ICMS. A bitributação, portanto, é manifesta.

O citado Convênio, na verdade, criou nova hipótese de incidência do ICMS que extrapola a “circulação de mercadorias”, sem qualquer fundamento, portanto, quer no Texto Constitucional, quer na Lei Complementar nº 87/96.

Conforme a Lei nº 9.609/1998, a propriedade referente ao *software* é de natureza intelectual e, por assim, ser, a tributação deve ficar a cargo dos Municípios (ISS) e não dos Estados (ICMS). Nesse ponto, é bom lembrar que o STF já se manifestou no sentido de que não há a incidência do ICMS nas operações com *software* que não circula via suporte físico, exatamente conforme se verifica em relação ao *download* e do *streaming*.

Há outras inconstitucionalidades perpetradas pelo Convênio ICMS nº 106/2017.

No Estado de São Paulo, a matéria foi regulamentada via Decreto nº 63.099, publicado em meados de 2017 e, mais recentemente, pela Portaria CAT nº 24/2018, que regula os procedimentos para a operacionalização dessa exigência.

Nos termos do Decreto, foram introduzidas alterações no Regulamento do ICMS de São Paulo dispendo sobre a incidência do imposto estadual nas operações de

---

<sup>1</sup> Dispôs sobre a incidência do ICMS sobre as 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 transferência eletrônica de dados.

comercialização de bens ou mercadorias digitais promovidas por *sites* e plataformas eletrônicas, a partir de 1º de abril de 2018.

A Portaria, por sua vez, com efeitos a partir de 1º/04/2018, *(i)* dispõe sobre definições de bens e mercadorias digitais; *(ii)* traz orientações quanto à emissão de Nota Fiscal Eletrônica – Nf-e pelos estabelecimentos que comercializam ou disponibilizam referidos bens e mercadorias digitais; *(iii)* esclarece sobre o preenchimento da Guia de Informação de Apuração do ICMS- GIA, da Escrituração Fiscal Digital – EFD e da Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais – DEFIS; *(iv)* apresenta disposições sobre as obrigações acessórias e dá outras providências.

Importante destacar a existência de liminares desobrigando contribuintes paulistas do recolhimento do ICMS sobre comercialização de bens digitais, bem como da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5576, que aguarda apreciação pelo STF, na qual se discute a constitucionalidade da cobrança de ICMS pelo Estado de São Paulo, na comercialização dos referidos bens.

A matéria, ao que tudo indica, será objeto de muita discussão.

Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco Soares