

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL**

**DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0050168-
06.2020.8.19.0000**

**REPRESENTANTE: FEDERAÇÃO NACIONAL DAS
EMPRESAS DE INFORMÁTICA
FENAINFO**

**REPRESENTADO 1: EXMO SR GOVERNADOR DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO**

**REPRESENTADO 2: ALERJ - ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RELATORA: DESEMBARGADORA LEILA ALBUQUERQUE
SESSÃO DE JULGAMENTO: 08 DE AGOSTO DE 2022**

**DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE.
LEI ESTADUAL.
IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE
MERCADORIAS E SERVIÇOS.**

Impugnação à Lei Estadual nº 8.795/2020, que “ALTERA A LEI Nº 2.657, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1996, PARA DISCIPLINAR A SUJEIÇÃO PASSIVA NAS HIPÓTESES DE OPERAÇÕES COM BENS E MERCADORIAS DIGITAIS E NÃO DIGITAIS E DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO REALIZADAS POR PESSOA JURÍDICA DETENTORA DE SITE OU DE PLATAFORMA ELETRÔNICA, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”.

Demanda ajuizada por Federação de âmbito nacional, cuja legitimidade se reconhece, uma vez que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, ao se referir a “*federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual*” não restringiu a legitimidade ativa à entidade

Des. Leila Albuquerque



de âmbito estadual (TJ-RJ - ADI: 00475821620088190000).

Afirmção de que dispositivos referentes a *“bens e mercadorias digitais mediante transferência eletrônica de dados”* padecem de vício de forma e violam o artigo 200, inciso IV, da Constituição do Estado do Rio. Entendimento do Supremo Tribunal Federal de que incide imposto sobre serviços na hipótese e de que o Convênio ICMS nº 106/2017 é contrário à Constituição da República que leva à declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 8.795/2020, **em seu artigo 1º, inciso II (no tocante ao inciso XIX do § 1º e à menção ao referido inciso no § 2º do artigo 15 da Lei nº 2657/96) e inciso V (no tocante ao inciso VIII do artigo 18, alíneas a, b, c, da Lei nº 2657/96).**

PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº **0050168-06.2020.8.19.0000** em que é Representante **FEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE INFORMÁTICA FENAINFO** e Representados **(1) EXMO SR GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e **(2) ALERJ - ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO;**

ACORDAM os Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **maioria** de votos, em rejeitar a preliminar de

declínio de competência para o E. Supremo Tribunal Federal, vencido o Desembargador Nagib Slaibi Filho que a arguiu e, no mérito, **unanimidade** de votos, em ***julgar procedente*** o pedido, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta por Federação Nacional das Empresas de Informática Fenainfo impugnando artigo 1º da Lei nº 8.795 de 17 de abril de 2020, relativamente aos acréscimos introduzidos no art. 15, §1º, XIX e §2º e no art. 18, VIII, “a”, “b” e “c” da Lei nº 2.657, de 26 de dezembro de 1996.

A Norma disciplina “*a sujeição passiva nas hipóteses de operações com bens e mercadorias digitais e não digitais e de prestações de serviço de comunicação realizadas por pessoa jurídica detentora de site ou de plataforma eletrônica, e dá outras providências*”.

A Requerente alega “*afronta aos artigos 192 e 200, inciso IV, da Constituição Estadual do Rio de Janeiro e a cláusula constitucional de reserva de lei complementar prevista nos artigos 146, III e 155, §2º, XII da Constituição Federal, pois, cria nova incidência tributária do ICMS em franca ofensa à CF/88 e às Leis Complementares nº 116/03, nº 123/06 e nº 87/96*”.

E:

III.1 – DO REGIME JURIDICO DOS “BENS” OU “MERCADORIAS” DIGITAIS (SOFTWARES)

A Lei Estadual nº 8.795 de 17/04/2020, que institui a cobrança do ICMS sobre as operações com bens e mercadorias digitais, não define explicitamente o que vem a ser estes “bens” ou “mercadorias” digitais, embora traga como fato gerador sua disponibilização mediante transferência eletrônica de dados.

[...]

**III.2 – COMPETÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR VERSUS LEI ORDINÁRIA
PODER EXECUTIVO - AFRONTA AO COMANDO DO ARTIGO 192 DA
CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO**

Ainda que se admitisse a constitucionalidade da cobrança do ICMS sobre as operações com bens e mercadorias digitais, penderia sobre a Lei Estadual nº 8.795 de 17/04/2020 o vício quanto à forma, senão vejamos:

[...]

III.3.1. Conflito tributário nas operações com bens digitais – Nova incidência tributária do ICMS criada por Lei Ordinária – Bitributação com o ISS que é definido por Lei Complementar

Para melhor explicar a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 8.795 de 17/04/2020 que extrapolando sua competência constitucional e usurpando a competência da Lei Complementar, pretende criar nova incidência tributária do ICMS sobre operações que disponibilizam de "bens" ou "mercadorias" digitais, isto é, softwares e outros programas (jogos e aplicativos padronizados e customizados), vale apresentar um breve histórico da disputa fiscal entre estados e municípios sobre essa atividade.

[...]

III.3.2 – Papel da Lei Complementar no conflito de competência entre Estados e Municípios na tributação das operações com bens digitais – inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 8.795 de 17/04/2020

Conforme acima destacado, a Lei Complementar possui como uma de suas competências constitucionais, prevista no art. 146, I, a de dispor sobre os conflitos de competência tributária entre os entes da federação.

[...]

Desta forma, ao definir em Lei Complementar a incidência do ISS sobre as atividades específicas com bens digitais, independentemente de padronização ou não (itens 1.03, 1.05 e 1.09 da Lista Anexa à LC nº 116/03), resolveu-se o conflito de competência instaurado com os Estados, não podendo prevalecer Lei Estadual nº 8.795 de 17/04/2020 que determina a tributação, pelo ICMS, para a mesma atividade. Isso porque, além de configurar bitributação não permitida, fere a competência exclusiva da Lei Complementar para dispor sobre conflitos de competência entre os entes federativos em afronta ao artigo 200, inciso IV da Constituição Estadual do Rio de Janeiro.

8:25 I=S@ Petição Inicial Eletrônica

TJRU 202000448521

ial Eletrônica

A fls. 29/40, decisão da então Relatora indeferindo a Medida Cautelar.

Informações do Representado a fls. 50/82.

Manifestação do *Parquet* a fls. 139/143.

T.J. – O.E.
DI nº 0050168-06.2020.8.19.0000
Des. Leila Albuquerque



A então Relatora declinou da competência a fls. 145/151.

Manifestação da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro a fls. 158/190.

Decisão de fl. 261 retirou o feito de pauta, assim como o feito em apenso (0040214-33.2020.8.19.0000).

A fls. 266/268, o Estado do Rio de Janeiro requereu que se *“aguarde a conclusão do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, das ADINs nº 5659 e nº 1945”*.

A Representante informou, a fls. 272/275, o término do julgamento das referidas ações diretas, com a declaração da inconstitucionalidade das Leis estaduais impugnadas e a modulação dos efeitos das respectivas decisões.

A fls. 283/288, a Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro requereu *“que se continue aguardando a conclusão do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, das ADI’s 1945 e 5659 (entendendo-se aqui por “conclusão do julgamento” o seu trânsito em julgado)”*.

O *Parquet*, a fls. 310/313, reiterou seu requerimento de solicitação de informações à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, que se manifestou a fls. 325/339.

A fls. 345/353, a Representante defende a sua legitimidade e informa o trânsito em julgado dos Acórdãos.

A Procuradoria de Justiça, a fls. 356/357, requereu que a Autora comprove a autorização exigida pelo § 2º do art. 534 do Código Obreiro, o que foi atendido a fls. 367/368.

Manifestação final da Representante a fls. 361/366.

Parecer final da douda Procuradoria de Justiça a fls.
372/393.

É o Relatório.

Data venia da preliminar arguida pelo Desembargador Nagib Saibi Filho, entendo que a apreciação de ADIs em referência a cobranças análogas de ICMS feitas em leis dos estados de São Paulo e Mato Grosso informa parâmetros que devem ser seguidos neste julgamento, mas não leva ao declínio deste feito àquele Colendo Tribunal Constitucional.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade com afirmação de que está em confronto direto com regras da Constituição do Estado a seguinte Lei Estadual:

“LEI Nº 8795 DE 17 DE ABRIL DE 2020

ALTERA A LEI Nº 2.657, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1996, PARA DISCIPLINAR A SUJEIÇÃO PASSIVA NAS HIPÓTESES DE OPERAÇÕES COM BENS E MERCADORIAS DIGITAIS E NÃO DIGITAIS E DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO REALIZADAS POR PESSOA JURÍDICA DETENTORA DE SITE OU DE PLATAFORMA ELETRÔNICA, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Faço saber que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - A Lei nº 2.657, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com os seguintes acréscimos:

I- o inciso X ao art. 3º-A:

Art. 3º-A Consideram-se como saída de mercadorias ou prestação de serviços sem emissão de documento fiscal, os valores referentes a:

(...)

X - Diferença entre os valores informados pelos prestadores de serviços de que tratam os incisos VIII e IX do art.18 e aqueles registrados nas escritas fiscal ou contábil do contribuinte ou nos documentos por ele emitidos.

” (NR)

II - os incisos XIX e XX ao § 1º do art. 15:

*T.J. – O.E.
DI nº 0050168-06.2020.8.19.0000
Des. Leila Albuquerque*



Art. 15. Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviços descritas como fato gerador do imposto, observado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 1º Incluem-se entre os contribuintes do imposto:

(...)

XIX - 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;

XX - a pessoa jurídica detentora de site ou de plataforma eletrônica que realize prestação de serviço de comunicação, ainda que por intermédio de pagamento periódico. (NR)

§ 2º - As pessoas físicas ou jurídicas indicadas nos incisos VI, VII, VIII, XVII, XVIII, XIX e XX deste artigo são contribuintes do imposto, independentemente da habitualidade com que pratiquem as operações ou prestações neles descritas”.

III - o § 3º ao art. 15:

§ 1º Incluem-se entre os contribuintes do imposto:

VI - o importador ou qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, que promova importação de mercadoria ou bem do exterior, qualquer que seja sua finalidade;

§ 3º - O disposto no inciso VI do § 1º aplica-se também no caso de importação de mercadoria digital” (NR).

IV - os §§ 7º, 8º e 9º ao art. 17:

Art. 17. A responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos legais não pagos pelo contribuinte ou responsável pode ser atribuída a terceiros, quando os atos ou omissões destes concorrerem para o não-recolhimento do tributo.

(...)

§ 7º - Os intermediadores de pagamentos, inclusive a credenciadora e/ou administradora de cartão de crédito/débito ou de outro meio de pagamento, são responsáveis pelo pagamento do imposto devido nas operações por elas intermediadas:

I - quando deixarem de prestar as informações na forma e prazo previstos na legislação;

II - quando o contribuinte esteja em situação cadastral irregular e o intermediário tenha sido informado desta situação previamente pelo Fisco;

III - quando descumprirem demais obrigações previstas na legislação que concorrerem para o não-recolhimento do tributo.

§ 8º - As pessoas jurídicas de que trata o inciso IX do art. 18 desta lei são responsáveis pelo pagamento do imposto devido nas operações por elas intermediadas:

I - quando deixarem de prestar as informações na forma e prazo previstos na legislação;

II - quando o contribuinte esteja em situação cadastral irregular e tenha sido informado ao intermediário previamente pelo Fisco; III - quando descumprirem demais obrigações previstas na legislação que concorrerem para o não-recolhimento do tributo.

§ 9º - O contribuinte será considerado com situação cadastral irregular, para fins de enquadramento nos casos previstos no inciso II do § 7º e no inciso II do § 8º, quando suspenso em razão de pedido de baixa, paralisado em decorrência de requerimento voluntário, impedido por situações previstas na legislação ou quando notificado pela falta de emissão de nota fiscal não realizar a sua regularização” (NR).

V - Os incisos VIII e IX ao art. 18:

Art. 18. São responsáveis pelo pagamento do imposto:
(...)

VIII - nas operações com bens e mercadorias digitais:

a) a pessoa jurídica detentora de site ou de plataforma eletrônica que realize a oferta, ou entrega por meio de transferência eletrônica de dados, em razão de contrato firmado com o comercializador ou prestador de serviço de comunicação, caso também operacionalize a transação financeira;

b) o intermediador financeiro, inclusive a administradora de cartão de crédito ou de outro meio de pagamento, caso a pessoa jurídica detentora de site ou de plataforma eletrônica apenas realize a oferta ou entrega por meio de transferência eletrônica de dados;

c) o adquirente do bem ou mercadoria digital, na hipótese de o contribuinte ou os responsáveis descritos nas alíneas “a” e “b” não serem inscritos no Estado do Rio de Janeiro;

d) a administradora de cartão de crédito ou débito ou a intermediadora financeira responsável pelo câmbio, nas operações de importação.

IX - nas operações com mercadorias não digitais o proprietário ou possuidor de site ou de plataforma eletrônica que realize a oferta, captação de clientes ou venda, em razão de contrato firmado com o comercializador, quando operacionalizar a transação financeira e o acompanhamento do pedido, sem que seja emitida nota fiscal obrigatória.” (NR)

VI - os §§ 7º e 8º ao art. 43:

Art. 43. Os contribuintes definidos nesta lei, os armazéns gerais e congêneres são obrigados a inscrever seus estabelecimentos antes de iniciarem suas atividades.

(...)

§ 7º - O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos Microempreendedores Individuais (MEI) optantes pelo Sistema de Recolhimento em Valores Fixos Mensais do Tributos do Simples Nacional (SIMEI).

§ 8º - Ato do Poder Executivo definirá formas de simplificação da inscrição dos Microempreendedores Individuais (MEI) para fins de cumprimento do disposto no §7º.” (NR)

VII -o Parágrafo Único ao art. 64-B:

Art. 64-B. Deixar de entregar no local, na forma ou no prazo previstos na legislação ou em intimação específica, ou ainda, entregar de forma incompleta ou inconsistente:

I - pela administradora de cartão de crédito ou de débito ou similar, as informações sobre as operações ou prestações de serviço realizadas pelos estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam feitos através de seus sistemas de crédito, débito ou similar:

(...)

Parágrafo Único - Aplica-se o disposto no inciso I do caput deste artigo aos prestadores de serviços de que tratam os incisos VIII e IX do art. 18 º desta Lei” (NR).

Art. 2º - Fica revogada a Lei nº 8.339, de 29 de março de 2019.

Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos 30 (trinta) dias após a entrada em vigência de regulamentação em ato do Poder Executivo, tal vigência só ocorrerá em prazo superior a 90 (noventa) dias a contar da data da publicação da presente lei.

Rio de Janeiro, 17 de abril de 2020

WILSON WITZEL

Governador”

A Norma reproduz disposições do seguinte Ato Normativo Interestadual:

“CONVÊNIO ICMS 106, DE 29 DE SETEMBRO DE 2017

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.

T.J. – O.E.

DI nº 0050168-06.2020.8.19.0000

Des. Leila Albuquerque



O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 166ª Reunião Ordinária, realizada em Brasília, DF, no dia 29 de setembro de 2017, tendo em vista o disposto nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), bem como na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, e nos arts. 2º, I, 6º, 11, § 3º e 12, I, da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, resolve celebrar o seguinte

CONVÊNIO

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 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”.

Constou, inclusive, da justificativa do Projeto de Lei nº 2.023/2020:

MENSAGEM Nº 06/2020

Rio de Janeiro, 18 de março de 2020

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES PRESIDENTE E DEMAIS MEMBROS DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Tenho a honra de encaminhar à deliberação dessa Egrégia Casa Legislativa o incluso Projeto de Lei que “**ALTERA A LEI Nº 2657, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1996, PARA DISCIPLINAR A SUJEIÇÃO PASSIVA NAS HIPÓTESES DE OPERAÇÕES COM BENS E MERCADORIAS DIGITAIS E NÃO DIGITAIS E DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO REALIZADAS POR PESSOA JURÍDICA DETENTORA DE SITE OU DE PLATAFORMA ELETRÔNICA, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS**”.

A presente medida tem como objetivo adequar a legislação tributária estadual ao disposto no Convênio ICMS 106/2017, que disciplina os procedimentos de cobrança do ICMS incidente nas operações com bens e mercadorias digitais comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados, bem como às práticas atuais de comércio eletrônico e de intermediação de pagamento.

Busca-se, ainda, um melhor acompanhamento pelo Fisco em relação a tais operações, inclusive quando realizadas por Microempreendedores Individuais.

Tal medida é imperiosa na atual economia crescentemente digital, caracterizada pelo vertiginoso aumento das transações realizadas por meio de sites e plataformas eletrônicas.

Ao tempo de manifestar protestos de elevada estima e consideração, solicitamos a essa Egrégia Casa Legislativa seja atribuído caráter de urgência ao presente projeto de lei, na forma do art. 114 da Constituição Estadual.

WILSON WITZEL
Governador

T.J. – O.E.
DI nº 0050168-06.2020.8.19.0000
Des. Leila Albuquerque



A Demanda foi proposta pela Federação Nacional das Empresas de Informática Fenainfo, cuja legitimidade foi questionada pela Assembleia do Estado do Rio de Janeiro:

No plano estadual, na forma prevista pelo art. 125, § 2º, da Carta Federal, o art. 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro aponta a federação sindical estadual como legitimada para propor a representação por inconstitucionalidade. Evidentemente, apenas a federação sindical que atender às exigências previstas na CLT para a respectiva instituição pode efetivamente ser considerada como legitimada.

Nesse passo, o art. 534, § 2º, da aludida Consolidação assim dispõe quanto às federações sindicais:

“Art. 534 - É facultado aos Sindicatos, quando em número não inferior a 5 (cinco), desde que representem a maioria absoluta de um grupo de atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas, organizarem-se em federação.

.....
§ 2º - As federações serão constituídas por Estados, podendo o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio autorizar a constituição de Federações interestaduais ou nacionais.”

Assim dispõe o artigo 162 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro:

“A representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais, em face desta Constituição, pode ser proposta pelo Governador do Estado, pela Mesa, por Comissão Permanente ou pelos membros da Assembleia Legislativa, pelo Procurador-Geral da Justiça, pelo Procurador-Geral do Estado, pelo Defensor Público Geral do Estado, por Prefeito Municipal, por Mesa de Câmara de Vereadores, pelo

*Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação na Assembléia Legislativa ou em Câmara de Vereadores, e por **federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual***”.

E, tal como alegado pelo Parquet, “a menção a *federação sindical* no art. 162 da CERJ deve ser entendida, por conseguinte, como abrangente tanto das federações estaduais, como das interestaduais ou nacionais, dado que, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir”.

Nesse sentido é o entendimento desta Corte Estadual:

*“DECRETO AUTÔNOMO. Possibilidade de Controle Concentrado. Proibição, Por Meio de Decreto Municipal, do Uso de Cigarro ou de Quaisquer Outros Produtos Fumígenos em Recinto Fechado, Público ou Privado, Situado em Território Municipal. **Legitimidade Ativa ad causam de Entidade Sindical de Âmbito Nacional.** Inconstitucionalidade do Decreto Alvejado por Afronta ao Sistema Constitucional de Repartição das Competências Legislativas. **Entidade sindical de âmbito nacional, como é o caso da representante, tem legitimidade para propor representação por inconstitucionalidade, eis que, diferentemente da entidade de classe, basta que esteja regularmente constituída e registrada no Ministério do Trabalho. O disposto no art. 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, ao se referir a "federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual" não restringiu somente à entidade de âmbito estadual a legitimação ativa ad causam na representação de inconstitucionalidade. Embora tenham os municípios competência comum com a União e os Estados para "cuidar da saúde e proteger o meio ambiente", a constituição não lhes conferiu competência alguma para legislar sobre tais matérias, até porque transcendem os limites dos interesses marcadamente locais. Lei federal só pode ser regulamentada por decreto do Presidente da República, jamais por decreto municipal**”.*

T.J. – O.E.

DI nº 0050168-06.2020.8.19.0000

Des. Leila Albuquerque



(TJ-RJ -ADI: 00475821620088190000 RIO DE JANEIRO TRIBUNAL DE JUSTICA, Relator: SERGIO CAVALIERI FILHO, Data de Julgamento: 05/10/2009, OE -SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL, Data de Publicação: 30/11/2009)

Ressalta-se que a base territorial da Representante compreende vinte e cinco Estados e o Distrito Federal:

21/09/2021 12:35

Extrato Cadastro - SIRT

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO
SECRETARIA DE RELAÇÕES DO TRABALHO
COORDENAÇÃO GERAL DE REGISTRO SINDICAL
CADASTRO NACIONAL DE ENTIDADES SINDICAIS

JOSE AMERICO
LEITE
FILHO:87446804
491

Assinado de forma digital por JOSE AMERICO LEITE 367
FILHO:87446804491
Dados: 2021.09.21 15:24:37 -03'00'

EXTRATO DO CADASTRO

Entidade

CADASTRO ATIVO

CNPJ: 35.809.995/0001-10 Grau Entidade: Federação Código Sindical: 000.615.289.00000-5
Razão Social: FENAINFO - FEDERACAO NACIONAL DAS EMPRESAS DE INFORMATICA
Denominação: FENAINFO - Federação Nacional das Empresas de Serviços Técnicos de Informática e Similares - RJ

Representação

Área Geoeconômica: Urbano Grupo: Empregador Classe: Empregadores
Categoria: Empresas de Serviços Técnicos de Informática e Similares

Abraçgência: Interestadual

Base Territorial: *Acre*, *Alagoas*, *Amapá*, *Amazonas*, *Bahia*, *Ceará*, *Distrito Federal*, *Espírito Santo*, *Goiás*, *Maranhão*, *Mato Grosso*, *Mato Grosso do Sul*, *Minas Gerais*, *Pará*, *Paraná*, *Pernambuco*, *Rio de Janeiro*, *Rio Grande do Norte*, *Rio Grande do Sul*, *Rondônia*, *Roraima*, *Santa Catarina*, *São Paulo*, *Sergipe* e *Tocantins*.

Dados de Localização

Logradouro: Rua Buenos Aires - até 186 - lado par Número: 68
Complemento: 32º andar Bairro: Centro CEP: 20.070-022 Localidade/UF: Rio de Janeiro/RJ
E-Mail: financeiro@fenainfo.org.br Site: www.fenainfo.org.br
DDD 1: 21 Telefone 1: 39745004 DDD 2:21 Telefone 2: 39745031



Assinado de forma digital por JOSE AMERICO LEITE FILHO

E que suas finalidades estatutárias consistem no estudo, coordenação, proteção e representação judicial e extrajudicial das categorias econômicas de informática e tecnologia da informação:

T.J. – O.E.
DI nº 0050168-06.2020.8.19.0000
Des. Leila Albuquerque



ESTATUTO SOCIAL
DA
FENAINFO – FEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE INFORMÁTICA

CAPÍTULO I
DA DENOMINAÇÃO, CONSTITUIÇÃO, BASE TERRITORIAL, SEDE, FORO, FINALIDADES E
PRERROGATIVAS

Art. 1º - A FENAINFO – FEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE INFORMÁTICA, entidade sindical de grau superior, inscrita no CNPJ sob o nº 35.809.995/0001-10, constituída por prazo indeterminado, com base em todo o território nacional, é constituída para fins de estudo, coordenação, proteção e representação legal, ativa e passiva, em juízo ou extrajudicialmente, das categorias econômicas de Informática/Tecnologia da Informação as quais englobem as atividades descritas em um ou mais de um dos seguintes códigos da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE:

Logo, não restam dúvidas acerca de sua legitimidade.

No mesmo sentido, o entendimento da douta Procuradoria de Justiça (fl. 385):

“Estreme de dúvida, por conseguinte, a regularidade da sua constituição, a sua representatividade e a pertinência temática desta representação de inconstitucionalidade à luz das suas finalidades institucionais”.

No mérito, a Ação tem por “objeto o artigo 1º da Lei nº 8.795 de 17 de abril de 2020, relativamente aos acréscimos introduzidos no art. 15, §1º, XIX e §2º e no art. 18, VIII, “a”, “b” e “c” da Lei nº 2.657, de 26 de dezembro de 1996”:

Art. 15. Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviços descritas como fato gerador do imposto, observado o disposto no § 2º deste artigo.

*§ 1º Incluem-se entre os contribuintes do imposto:
(...)*

T.J. – O.E.
DI nº 0050168-06.2020.8.19.0000
Des. Leila Albuquerque



XIX - 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;

(...)

§ 2º - As pessoas físicas ou jurídicas indicadas nos incisos VI, VII, VIII, XVII, XVIII, XIX e XX deste artigo são contribuintes do imposto, independentemente da habitualidade com que pratiquem as operações ou prestações neles descritas”.

(...)

Art. 18. São responsáveis pelo pagamento do imposto:

(...)

VIII - nas operações com bens e mercadorias digitais:

a) a pessoa jurídica detentora de site ou de plataforma eletrônica que realize a oferta, ou entrega por meio de transferência eletrônica de dados, em razão de contrato firmado com o comercializador ou prestador de serviço de comunicação, caso também operacionalize a transação financeira;

b) o intermediador financeiro, inclusive a administradora de cartão de crédito ou de outro meio de pagamento, caso a pessoa jurídica detentora de site ou de plataforma eletrônica apenas realize a oferta ou entrega por meio de transferência eletrônica de dados;

c) o adquirente do bem ou mercadoria digital, na hipótese de o contribuinte ou os responsáveis descritos nas alíneas “a” e “b” não serem inscritos no Estado do Rio de Janeiro”.

A Requerente alega que a Norma Legal “*não define explicitamente o que vem a ser estes “bens” ou “mercadorias” digitais*”, afirma que ela contém vício de forma e defende violação ao inciso IV do artigo 200 da Constituição Estadual:

Desta forma, ao definir em Lei Complementar a incidência do ISS sobre as atividades específicas com bens digitais, independentemente de padronização ou não (itens 1.03, 1.05 e 1.09 da Lista Anexa à LC nº 116/03), resolveu-se o conflito de competência instaurado com os Estados, não podendo prevalecer Lei Estadual nº 8.795 de 17/04/2020 que determina a tributação, pelo ICMS, para a mesma atividade. Isso porque, além de configurar bitributação não permitida, fere a competência exclusiva da Lei Complementar para dispor sobre conflitos de competência entre os entes federativos em afronta ao artigo 200, inciso IV da Constituição Estadual do Rio de Janeiro.

E lhe assiste razão.

O Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2021, julgou duas Ações de Inconstitucionalidade de Leis Estaduais sobre o mesmo tema, nas quais decidiu pela incidência do imposto sobre serviços:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Direito Tributário. Lei nº 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de Mato Grosso. ICMS-comunicação. Atividades-meio. Não incidência. Critério para definição de margem de valor agregado. Necessidade de lei. Operações com programa de computador (software). Critério objetivo. Subitem 1.05 da lista anexa à LC nº 116/03. Incidência do ISS. Aquisição por meio físico ou por meio eletrônico (download, streaming etc). Distinção entre software sob encomenda e padronizado. Irrelevância. Contrato de licenciamento de uso de programas de computador. Relevância do trabalho humano desenvolvido. Contrato complexo ou híbrido. Dicotomia entre obrigação de dar e obrigação de fazer. Insuficiência. Modulação dos efeitos da decisão. 1. Consoante a jurisprudência da Corte, o ICMS-comunicação “apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária como são aquelas constantes na Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98” (RE nº 570.020/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux). 2. Os critérios para a fixação da margem de valor agregado para efeito de cálculo do ICMS em regime de substituição tributária progressiva devem ser disciplinados por lei estadual, em sentido formal e material, não sendo possível a delegação em branco dessa matéria a ato normativo infralegal, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade tributária. 3. A tradicional distinção entre software de prateleira (padronizado) e por encomenda (personalizado) não é mais suficiente para a definição da competência para tributação dos negócios jurídicos que envolvam programas de computador em suas diversas modalidades.

T.J. – O.E.

DI nº 0050168-06.2020.8.19.0000

Des. Leila Albuquerque



Diversos precedentes da Corte têm superado a velha dicotomia entre obrigação de fazer e obrigação de dar, notadamente nos contratos tidos por complexos. 4. O legislador complementar, amparado especialmente nos arts. 146, I, e 156, III, da Constituição Federal, buscou dirimir conflitos de competência em matéria tributária envolvendo softwares elencando, no subitem 1.05 da lista de serviços tributáveis pelo ISS anexa à LC nº 116/03, o licenciamento e a cessão de direito de uso de programas de computação. É certo, ademais, que, conforme a Lei nº 9.609/98, o uso de programa de computador no País é objeto de contrato de licença. 5. Associa-se a isso a noção de que software é produto do engenho humano, é criação intelectual. Ou seja, é imprescindível a existência de esforço humano direcionado para a construção de um programa de computador (obrigação de fazer), não podendo isso ser desconsiderado quando se trata de qualquer tipo de software. A obrigação de fazer também se encontra presente nos demais serviços prestados ao usuário, como, v.g., o help desk e a disponibilização de manuais, atualizações e outras funcionalidades previstas no contrato de licenciamento. 6. Igualmente há prestação de serviço no modelo denominado software-as-a-Service (SaaS), o qual se caracteriza pelo acesso do consumidor a aplicativos disponibilizados pelo fornecedor na rede mundial de computadores, ou seja, o aplicativo utilizado pelo consumidor não é armazenado no disco rígido do computador do usuário, permanecendo online em tempo integral, daí por que se diz que o aplicativo está localizado na nuvem, circunstância atrativa da incidência do ISS. 7. Ação direta não conhecida no tocante aos arts. 2º, § 3º; 16, § 2º; e 22, parágrafo único, da Lei nº 7.098/98 do Estado de Mato Grosso; julgada prejudicada em relação ao art. 3º, § 3º, da mesma lei; e, no mérito, julgada parcialmente procedente, declarando-se a inconstitucionalidade (i) das expressões “adesão, acesso, disponibilização, ativação, habilitação, assinatura” e “ainda que preparatórios”, constantes do art. 2º, § 2º, I, da Lei

nº 7.098/98, com a redação dada pela Lei nº 9.226/09; (ii) da expressão “observados os demais critérios determinados pelo regulamento”, presente no art. 13, § 4º, da Lei nº 7.098/98; (iii) dos arts. 2º, § 1º, VI; e 6º, § 6º, da mesma lei. 8. Modulam-se os efeitos da decisão nos termos da ata do julgamento. (STF - ADI: 1945 MT 0000158-06.1999.1.00.0000, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 24/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/05/2021)

Ação direta de inconstitucionalidade. Direito Tributário. Lei nº 6.763/75-MG e Lei Complementar Federal nº 87/96. Operações com programa de computador (software). Critério objetivo. Subitem 1.05 da lista anexa à LC nº 116/03. Incidência do ISS. Aquisição por meio físico ou por meio eletrônico (download, streaming etc). Distinção entre software sob encomenda ou padronizado. Irrelevância. Contrato de licenciamento de uso de programas de computador. Relevância do trabalho humano desenvolvido. Contrato complexo ou híbrido. Dicotomia entre obrigação de dar e obrigação de fazer. Insuficiência. Modulação dos efeitos da decisão. 1. A tradicional distinção entre software de prateleira (padronizado) e por encomenda (personalizado) não é mais suficiente para a definição da competência para a tributação dos negócios jurídicos que envolvam programas de computador em suas diversas modalidades. Diversos precedentes da Corte têm superado a velha dicotomia entre obrigação de fazer e obrigação de dar, notadamente nos contratos tidos por complexos (v.g. leasing financeiro, contratos de franquia). 2. A Corte tem tradicionalmente resolvido as indefinições entre ISS e do ICMS com base em critério objetivo: incide apenas o primeiro se o serviço está definido por lei complementar como tributável por tal imposto, ainda que sua prestação envolva a utilização ou o fornecimento de bens, ressalvadas as exceções previstas na lei; ou incide apenas o segundo se a operação de circulação de mercadorias envolver serviço não definido por

aquela lei complementar. 3. O legislador complementar, amparado especialmente nos arts. 146, I, e 156, III, da Constituição Federal, buscou dirimir conflitos de competência em matéria tributária envolvendo softwares. E o fez não se valendo daquele critério que a Corte vinha adotando. Ele elencou, no subitem 1.05 da lista de serviços tributáveis pelo ISS anexa à LC nº 116/03, o licenciamento e a cessão de direito de uso de programas de computação. É certo, ademais, que, conforme a Lei nº 9.609/98, o uso de programa de computador no País é objeto de contrato de licença. 4. Associa-se a esse critério objetivo a noção de que software é produto do engenho humano, é criação intelectual. Ou seja, faz-se imprescindível a existência de esforço humano direcionado para a construção de um programa de computador (obrigação de fazer), não podendo isso ser desconsiderado em qualquer tipo de software. A obrigação de fazer também se encontra presente nos demais serviços prestados ao usuário, como, v.g., o help desk e a disponibilização de manuais, atualizações e outras funcionalidades previstas no contrato de licenciamento. 5. Igualmente há prestação de serviço no modelo denominado Software-as-a-Service (SaaS), o qual se caracteriza pelo acesso do consumidor a aplicativos disponibilizados pelo fornecedor na rede mundial de computadores, ou seja, o aplicativo utilizado pelo consumidor não é armazenado no disco rígido do computador do usuário, permanecendo online em tempo integral, daí por que se diz que o aplicativo está localizado na nuvem, circunstância atrativa da incidência do ISS. 6. Ação direta julgada parcialmente prejudicada, nos termos da fundamentação, e, quanto à parte subsistente, julgada procedente, dando-se ao art. 5º da Lei nº 6.763/75 e ao art. 1º, I e II, do Decreto nº 43.080/02, ambos do Estado de Minas Gerais, bem como ao art. 2º da Lei Complementar Federal nº 87/96, interpretação conforme à Constituição Federal, excluindo-se das hipóteses de incidência do ICMS o licenciamento ou a cessão de direito de uso de

T.J. – O.E.

DI nº 0050168-06.2020.8.19.0000

Des. Leila Albuquerque



programas de computador, tal como previsto no subitem 1.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03. 7. Modulam-se os efeitos da decisão nos termos da ata do julgamento.

(STF - ADI: 5659 MG 0001289-83.2017.1.00.0000, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 24/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/05/2021)

Em agosto do mesmo ano o entendimento de que não incide o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços na hipótese foi reiterado no julgamento de outra Ação Constitucional:

“Direito constitucional e tributário. Ação direta de inconstitucionalidade. Incidência de ISS ou ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programa de computador. 1. Ação direta em que se discute a validade da incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador. 2. A Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 176.626, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence (j. em 10.11.1998), declarou a impossibilidade de incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador. Isso porque essa operação tem como objeto o direito de uso de bem incorpóreo insuscetível de ser incluído no conceito de mercadoria. Na mesma ocasião, porém, a Turma reconheceu a constitucionalidade da incidência do ICMS sobre a circulação de cópias ou exemplares de programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo, os chamados softwares “de prateleira” (off the shelf). 3. Posteriormente, analisando de forma específica a legislação do Estado de São Paulo, a Primeira Turma reafirmou essa tese e concluiu que a comercialização e revenda de exemplares do corpus mechanicum da obra intelectual produzida em massa não caracterizam o licenciamento ou cessão do direito de uso da obra. Trata-se de genuínas operações de circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS (RE

T.J. – O.E.

DI nº 0050168-06.2020.8.19.0000

Des. Leila Albuquerque



199.464, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 02.03.1999). Este entendimento também foi seguido pela Segunda Turma no RE 285.870-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. em 17.06.2008. 4. A jurisprudência desta Corte, no entanto, recentemente foi modificada, afastando a distinção em função do caráter customizado ou não do programa de computador. 5. O Plenário deste Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as ADIs 1.945 e 5.659 (j. em 24.02.2021), entendeu que as operações relativas ao licenciamento ou cessão do direito de uso de software, seja ele padronizado ou elaborado por encomenda, devem sofrer a incidência do ISS, e não do ICMS. Tais operações são mistas ou complexas, já que envolvem um dar e um fazer humano na concepção, desenvolvimento e manutenção dos programas, além “[d]o help desk, disponibilização de manuais, atualizações tecnológicas e outras funcionalidades previstas no contrato”. Nesse contexto, o legislador complementar buscou dirimir o conflito de competência tributária (art. 146, I, da CF), no subitem 1.05 da lista de serviços tributáveis pelo ISS anexa à Lei Complementar nº 116/2003, prevendo o “licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação”. Com isso, nos termos do entendimento atual desta Corte, essas operações não são passíveis de tributação pelo ICMS, independentemente do meio de disponibilização do programa. 6. Pedido conhecido em parte e, nessa parte, julgado procedente, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da Lei Complementar nº 87/1996 e ao art. 1º da Lei do Estado de São Paulo nº 6.374/1989, de modo a impedir a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador. 7. Modulação dos efeitos desta decisão, para atribuir eficácia ex nunc, a contar de 03.03.2021, data em que publicada a ata de julgamento das ADIs 1.945 e 5.659, ressalvadas as seguintes situações: a) as ações judiciais já ajuizadas e ainda em curso em 02.03.2021; b) as hipóteses de bitributação relativas a fatos geradores ocorridos até 02.03.2021, nas quais será devida a

restituição do ICMS recolhido, respeitado o prazo prescricional, independentemente da propositura de ação judicial até aquela data; c) as hipóteses relativas a fatos geradores ocorridos até 02.03.2021 em que não houve o recolhimento do ISS ou do ICMS, nas quais será devido o pagamento do imposto municipal, respeitados os prazos decadencial e prescricional. 8. Fixação da seguinte tese de julgamento: “É inconstitucional a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador.”.

(STF - ADI: 5576 SP, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 03/08/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 10/09/2021)

O próprio Estado do Rio de Janeiro informa que determinados dispositivos legais foram atingidos pelas decisões do Supremo:

Para que não haja dúvida, o Estado passa a reproduzir, abaixo, o texto integral da Lei estadual nº 8.795/2020, marcando **em azul** os dispositivos que não foram de modo algum atingidos pelas decisões do STF nas ADI's 1945 e 5659 e, **em vermelho**, aqueles que, doravante, se tornaram incompatíveis com o entendimento fixado pela Suprema Corte, no sentido da impossibilidade de incidência do ICMS sobre softwares:

Art. 1º A Lei nº 2.657, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com os seguintes acréscimos:

I – o inciso X ao art. 3º-A:

"Art. 3º-A (...)

(...)

X – Diferença entre os valores informados pelos prestadores de serviços de que tratam os **incisos VIII e IX** do art. 18. e aqueles registrados nas escritas fiscal ou contábil do contribuinte ou nos documentos por ele emitidos. " (NR)

NOTA: este dispositivo só não se aplicará, doravante, em relação às hipóteses de responsabilidade previstas no inciso VIII do art. 18, pois estas (as do inciso VIII), e apenas elas, são incompatíveis com o decidido pelo STF.

II – os incisos XIX e XX ao § 1º do art. 15.:

"Art. 15. (...)

§ 1º (...)

XIX – 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:

XX – a pessoa jurídica detentora de *site* ou de plataforma eletrônica que realize prestação de serviço de comunicação, ainda que por intermédio de pagamento periódico. (NR)

NOTA: este inciso XX versa *genericamente* sobre serviços de comunicação, hipótese que inquestionavelmente se acha subsumida na regra-matriz de incidência do ICMS (CF, art. 155, II).

§ 2º As pessoas físicas ou jurídicas indicadas nos incisos VI, VII, VIII, XVII, XVIII, XIX e XX deste artigo são contribuintes do imposto, independentemente da habitualidade com que pratiquem as operações ou prestações neles descritas".

NOTA: este § 2º não foi de modo algum atingido pelas decisões do STF.

III – o § 3º ao art. 15.:

"Art. 15. (...)

(...)

§ 3º O disposto no inciso VI do § 1º aplica-se também no caso de importação de mercadoria digital" (NR).

IV – os §§ 7º, 8º e 9º ao art. 17:

"Art. 17. (...)

(...)

§ 7º Os intermediadores de pagamentos, inclusive a credenciadora e/ou administradora de cartão de crédito/débito ou de outro meio de pagamento, são responsáveis pelo pagamento do imposto devido nas operações por elas intermediadas:

I – quando deixarem de prestar as informações na forma e prazo previstos na legislação;

II – quando o contribuinte esteja em situação cadastral irregular e o intermediário tenha sido informado desta situação previamente pelo Fisco;

III – quando descumprirem demais obrigações previstas na legislação que concorrerem para o não-recolhimento do tributo.

§ 8º As pessoas jurídicas de que trata o inciso IX do art. 18. desta lei são responsáveis pelo pagamento do imposto devido nas operações por elas intermediadas:

I – quando deixarem de prestar as informações na forma e prazo previstos na legislação;

II – quando o contribuinte esteja em situação cadastral irregular e tenha sido informado ao intermediário previamente pelo Fisco;

III – quando descumprirem demais obrigações previstas na legislação que concorrerem para o não-recolhimento do tributo.

§ 9º O contribuinte será considerado com situação cadastral irregular, para fins de enquadramento nos casos previstos no inciso II do § 7º e no inciso II do § 8º, quando suspenso em razão de pedido de baixa, paralisado em decorrência de requerimento voluntário, impedido por situações previstas na legislação ou quando notificado pela falta de emissão de nota fiscal não realizar a sua regularização" (NR).

NOTA: estes §§§ 7º, 8º e 9º não foram de modo algum atingidos pelas decisões do STF, pois tratam de tema sem qualquer identidade normativa com o que foi decidido nas ADI's 1945 e 5659.

V – Os incisos VIII e IX ao art. 18:

"Art. 18. (...)

(...)

VIII – nas operações com bens e mercadorias digitais:

a) a pessoa jurídica detentora de *site* ou de plataforma eletrônica que realize a oferta, ou entrega por meio de transferência eletrônica de dados, em razão de contrato firmado com o comercializador ou prestador de serviço de

4

comunicação, caso também operacionalize a transação financeira;

b) o intermediador financeiro, inclusive a administradora de cartão de crédito ou de outro meio de pagamento, caso a pessoa jurídica detentora de site ou de plataforma eletrônica apenas realize a oferta ou entrega por meio de transferência eletrônica de dados;

c) o adquirente do bem ou mercadoria digital, na hipótese de o contribuinte ou os responsáveis descritos nas alíneas "a" e "b" não serem inscritos no Estado do Rio de Janeiro;

d) a administradora de cartão de crédito ou débito ou a intermediadora financeira responsável pelo câmbio, nas operações de importação.

IX – nas operações com mercadorias não digitais o proprietário ou possuidor de site ou de plataforma eletrônica que realize a oferta, captação de clientes ou venda, em razão de contrato firmado com o comercializador, quando operacionalizar a transação financeira e o acompanhamento do pedido, sem que seja emitida nota fiscal obrigatória." (NR)

NOTA: este inciso IX versa apenas sobre mercadorias não digitais (*bens corpóreos*), logo, não foi de modo algum atingido pelas decisões do STF.

VI – os §§ 7º e 8º ao art. 43.:

"Art. 43. (...)

(...)

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos Microempreendedores Individuais (MEI) optantes pelo Sistema de Recolhimento em Valores Fixos Mensais do Tributos do Simples Nacional (SIMEI).

§ 8º Ato do Poder Executivo definirá formas de simplificação da inscrição dos Microempreendedores Individuais (MEI) para fins de cumprimento do disposto no §7º." (NR)

NOTA: estes §§ 7º e 8º tratam apenas do Microempreendedor Individual (MEI) optante pelo SIMEI, tema totalmente estranho à decisão proferida pelo STF nas ADIs 1945 e 5659.

VII – o Parágrafo Único ao art. 64-B:

"Art. 64-B (...)

(...)

Parágrafo Único - Aplica-se o disposto no inciso I do *caput* deste artigo aos prestadores de serviços de que tratam os **incisos VIII e IX** do art. 18 desta Lei" (NR).

NOTA: este dispositivo só não se aplicará, doravante, em relação aos prestadores de serviços referidos no inciso VIII do art. 18.

Art. 2º Fica revogada a Lei nº 8.339, de 29 de março de 2019.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos 30 (trinta) dias após a entrada em vigência de regulamentação em ato do Poder Executivo, tal vigência só ocorrerá em prazo superior a 90 (noventa) dias a contar da data da publicação da presente lei.

Acrescente-se a esses, como consequência lógica, a inconstitucionalidade da menção ao inciso XIX no § 2º, do artigo 15 da Lei nº 2657/96.

Também a douta Procuradoria de Justiça opinou pela procedência da representação:

Representação de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 2.657, de 26 de dezembro 1996, insertos pelo art. 1º da Lei nº 8.795, de 17 de abril de 2020. Alegação de ofensa aos arts. 192 e 200, inciso IV, da CERJ, e à cláusula constitucional de reserva de lei complementar inscrita nos arts. 146, III e 155, § 2º, XII, da CF. Dispositivos vergastados que incluem entre os contribuintes do ICMS as pessoas jurídicas detentoras de site ou de plataforma eletrônica que realizem a venda ou a disponibilização, de bens e mercadorias digitais mediante transferência eletrônica de dados, independentemente da habitualidade com que realizem tais operações, e indica as pessoas físicas e jurídicas que são responsáveis pelo recolhimento do tributo, caso não realizado pelo contribuinte direto. Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de julgar inconstitucional a exigência de ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador, com lastro no art. 146, I, da CF e na

inclusão desses serviços na lista anexa à LC nº 116/03. Fixação de tese sobre o tema na ADI nº 5.576. Parecer pela procedência da representação.

Assim concluindo:

“Cristalino, portanto, que os dispositivos vergastados nesta representação vulneram os arts. 192 e 200, inciso IV, da Carta Estadual, ao incluírem, entre os contribuintes do ICMS, as pessoas jurídicas detentoras de site ou de plataforma eletrônica que realizem a venda ou a disponibilização, ainda que por intermédio de pagamento periódico, de bens e mercadorias digitais mediante transferência eletrônica de dados, independentemente da habitualidade com que efetuem tais operações; e ao elencarem, entre os responsáveis pelo pagamento do imposto, as pessoas físicas e jurídicas

relacionadas nas alíneas a a c do inciso VIII do art. 18 da Lei nº 2.657/96, na redação impressa pelo art. 1º da Lei nº 8.795, de 17 de abril de 2020”.

Ante o exposto, ***julga-se procedente*** o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº Estadual nº 8.795/2020 em seu artigo 1º, inciso II (no tocante ao inciso XIX do § 1º e à menção ao referido inciso no § 2º do artigo 15 da Lei nº 2657/96) e inciso V (no tocante ao inciso VIII do artigo 18, alíneas a, b, c, da Lei nº 2657/96).

Rio de Janeiro, 08 de agosto de 2022.

Desembargadora Leila Albuquerque
Relatora