

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL**

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0040214-33.2020.8.19.0000

**REPRESENTANTE: FRANCISCO SIEMSEN BULHÕES
CARVALHO DA FONSECA**

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

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

**AMICUS CURIAE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE
MOBILIDADE E TECNOLOGIA AMOBITEC**

**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 então Deputado
Federal, cuja legitimidade permanece mesmo
após renúncia superveniente ao mandato.

Norma Legal que depende de Ato
Regulamentador para começar a produzir

Des. Leila Albuquerque



efeitos, não havendo *periculum in mora* a ensejar o deferimento de Medida Cautelar.

Rejeição da alegação do Estado do Rio de Janeiro de que “*a maioria dos dispositivos da Constituição do Estado invocados pelo Representante são ‘simples espelhamentos de preceitos’ da Carta Republicana, o que afastaria a competência da Justiça Estadual*”.

O Tribunal Estadual tem competência para conhecer e julgar Demanda em que se alegue contradição entre Norma Legal e Constituição Estadual nos termos em que reproduz preceito obrigatório previsto na Constituição Federal, hipótese dos autos (Tema 484 das teses de Repercussão Geral da Corte Suprema).

Entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que incide imposto sobre serviços na hipótese de bens e mercadorias digitais e de que o Convênio ICMS 106/2017 é contrário à Constituição da República.

No que diz respeito à tributação dos serviços de *streaming*, a solução passa pela leitura do voto do Ministro Relator Dias Toffoli na ADI 5659/MG, reproduzido em parte na ADI 1945, na qual foi designado para redação do voto vencedor. O Excelentíssimo Ministro teceu considerações no sentido de que, em regra, o simples fato de o serviço estar inserido em Lei Complementar já se mostra suficiente para atrair a incidência do ISS e afastar o tributo Estadual.

Lei Complementar nº 116/2003 que teve seu rol de serviços ampliado pela Lei Complementar nº 157/2016, que, dentre outras alterações, introduziu os itens 1.03 e 1.09.

Item 1.09 da lista de serviços que contempla a tributação do serviço de *streaming*:

“disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagens e texto por meio da internet”

Ausência de irregularidade no tocante à responsabilização do intermediário pelo pagamento e da obrigatoriedade de inscrição por microempreendedor individual.

Declaração de inconstitucionalidade **das alterações introduzidas pela Lei nº 8.795/2020 no artigo 15, § 1º, incisos XIX e XX, e § 2º quanto à menção aos incisos XIX e XX, e artigo 18, inciso VIII, alíneas a, b, c e d, todos da Lei nº 2.657/96.**

PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº **0040214-33.2020.8.19.0000** em que é Representante **FRANCISCO SIEMSEN BULHÕES CARVALHO DA FONSECA** e Representados **(1) EXMO SR GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e **(2) ALERJ - ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e *Amicus Curiae* **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MOBILIDADE E TECNOLOGIA AMOBITEC;**

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 falta de interesse processual, vencido o Desembargador Nagib Slaibi Filho, e, no mérito, por **unanimidade** de votos, em ***julgar parcialmente procedente*** o pedido, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta por Francisco Siemsen Bulhões Carvalho da Fonseca, Deputado Estadual, impugnando a Lei nº 8.795/20.

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”.

O Requerente afirma que há “manifesta violação perpetrada pelo referido ato normativo aos seguintes dispositivos da Constituição Estadual: art. 192, art. 193, art. 199, §11, art. 214 e art. 228”.

E:

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR LEI ESTADUAL FORA DOS PARÂMETROS DELINEADOS PELO CTN E PELA LC 87/96 - PRECEDENTES DO STF

[...]

3.1. DA INCONSTITUCIONALIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA AO DETENTOR DE SITE OU DE PLATAFORMA ELETRÔNICA (ART. 18, VIII, “a” e IX, E ART. 17, §8º e §9º DA LEI 2.657/96) - MARKETPLACES

[...]

3.2. DA INCONSTITUCIONALIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA AO INTERMEDIADOR FINANCEIRO (ART. 18, VIII, “b” e IX, ART. 17, §7º e 9º)

[...]

3.3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA AO ADQUIRENTE DE BEM OU MERCADORIA DIGITAL (ART. 18, VIII, “c” da Lei 2.657/96)

[...]

4. DA INCONSTITUCIONALIDADE DE ATRIBUIÇÃO DA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE À PESSOA JURÍDICA DETENTORA DE SITE OU PLATAFORMA ELETRÔNICA QUE REALIZE VENDA OU DISPONIBILIZAÇÃO DE BENS E MERCADORIAS DIGITAIS POR TRANSFERÊNCIA ELETRÔNICA DE DADOS (ART. 15, §1º, XIX DA LEI 2.657/96) OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO AINDA QUE POR INTERMÉDIO DE PAGAMENTO PERIÓDICO (ART. 15, §1º, XX DA LEI 2.657/96)

RJ 202000343735 2;

20 18:06:06 KJV@

ção Inicial Eletrônica

20 18:06:06 KJV@

7/08/2020 18:06:06 KJV@ Petição Inicial Ele

[...]

5. DA INCONSTITUCIONALIDADE DE ATRIBUIÇÃO DA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE AO IMPORTADOR DE MERCADORIA DIGITAL (ART. 15, §1º, VI, §3º DA LEI 2.657/96) E DE RESPONSÁVEL À ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO OU DÉBITO OU A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RESPONSÁVEL PELO CÂMBIO NAS OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO (ART. 18, VIII, “d” DA LEI 2.657/96)

[...]

6. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DE OBRIGATORIEDADE DE INSCRIÇÃO ESTADUAL AO MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL (MEI) - ART. 43, PARÁGRAFOS 7º E 8º DA LEI 2.657/96 E ART. 2º DA LEI 8.795/2020 (QUE REVOGOU A LEI 8.339/2019)

[...]

7. DA DECLARADA INSPIRAÇÃO DA LEI 8.795/2020 NO INCONSTITUCIONAL CONVÊNIO CONFAZ 106/2017

000343735 22/08/2020 18:06:06

J 20200034373

Pretende a suspensão dos efeitos da Lei em sede de Medida Cautelar afirmando que “*a verossimilhança dos pedidos formulados revela-se nas razões explicitadas ao longo da inicial*” e:

O perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, a justificar a imediata suspensão de eficácia da lei, também está presente.

A norma impugnada, em razão de suas múltiplas inconstitucionalidades, causará enorme insegurança jurídica no comércio eletrônico, tanto das supostas “mercadorias digitais” (como expressa o Estado), mas também em relação aos negócios envolvendo os bens físicos.

Manifestação da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro a fls. 68/113 no sentido de que apenas adaptou a legislação tributária do Estado ao Convênio Confaz nº 106/2017, cuja constitucionalidade está sendo aferida pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual esta Representação deve ter seu andamento suspenso. Quanto à liminar defende a tese de perigo inverso.

O Representado, a fls. 211/260, afirma que a maioria dos dispositivos da Constituição do Estado invocados pelo Representante são “*simples espelhamentos de preceitos*” da Carta Republicana, o que afastaria a competência da Justiça Estadual para apreciação da Ação. Subsidiariamente, pede o reconhecimento de hipótese de prejudicialidade externa. E também afirma que o risco para os contribuintes é menor do que para a Administração Pública a fim de que seja rejeitada a medida cautelar.

A douta Procuradoria de Justiça apresentou Parecer a fls. 368/390.

O feito foi retirado de pauta ante a redistribuição a esta Relatora do processo nº 0050168-06.2020.8.19.0000.

A fls. 432/434, 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*”.

Manifestação do *Parquet*, a fl. 438, pela pela suspensão da representação, em razão da prejudicialidade externa, e pelo indeferimento da medida cautelar pretendida.

A fls. 442/474, Associação Brasileira de Mobilidade e Tecnologia – Amobitec requereu sua admissão como *amicus curiae* e defendeu a procedência da ação.

O Representante, o Estado do Rio de Janeiro e a Assembleia Legislativa, a fls. 569, 570 e 577, respectivamente, informaram não terem oposição ao pedido.

A Procuradoria de Justiça a fls. 580/584 tampouco se opôs ao ingresso da Associação como *amicus curiae*.

Decisão de fls. 589/593 deferiu o pedido e concedeu o prazo de dez dias para apresentação de memorial e prova documental técnica.

Manifestação da Associação Brasileira de Mobilidade e Tecnologia – Amobitec a fls. 596/599.

Manifestação do Estado e da Assembleia Legislativa a fls. 620/647 e 649/662.

Parecer final da douta Procuradoria de Justiça a fls. 664/695.

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 à falta de interesse processual para a apreciação deste feito por nosso Tribunal de Justiça.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade com afirmação de que a Lei nº 8.795/20 está em confronto direto com regras da Constituição do Estado, mais especificamente os artigos 192, 193, 199, §11, 214 e 228.

O Autor fundamentou sua tese na inconstitucionalidade de atribuição de responsabilidade tributária pela lei estadual além dos parâmetros delineados pelo Código Tributário Nacional e pela Lei Complementar nº 87/96, especificamente (i) ao detentor de site ou de plataforma eletrônica – *marketplaces*; (ii) ao intermediador financeiro, (iii) ao adquirente de bem ou mercadoria digital e (iv) à administradora de cartão de crédito ou instituição financeira responsável pelo câmbio nas operações de importação.

Apontou também a inconstitucionalidade da atribuição de contribuinte (i) ao detentor de site ou plataforma digital que venda ou disponibilize bens e produtos digitais por transferência eletrônica de dados,

ou prestação de serviço de comunicação, ainda que com pagamento periódico e (ii) ao importador de mercadoria digital.

Questionou ainda a constitucionalidade da imposição de inscrição estadual ao microempreendedor individual, afirmando, ao final, que a Lei 8.795/2020 tem como inspiração o Convênio 106/2017.

Assim dispõe a Lei nº 8.795/2020, ora impugnada:

“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.

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

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.

§ 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.

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.

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

Art. 18. São responsáveis pelo pagamento do imposto:

T.J. – O.E.

DI nº 0040214-33.2020.8.19.0000

Des. Leila Albuquerque



(...)

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.

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.

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. 18º desta Lei.

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 Demanda foi proposta por Deputado Estadual, que renunciou ao mandato para exercer a função de Secretário Municipal, o que, no entanto, não representa perda superveniente de legitimidade, isso em razão do princípio da indisponibilidade e do caráter objetivo da matéria que é discutida, ambos atinentes ao controle concentrado.

Nesse sentido:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONHECIMENTO - LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - DEPUTADO ESTADUAL - RENÚNCIA AO MANDATO. À luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a objetividade do processo, e mesmo a indisponibilidade que marca a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a aferição da legitimidade há de se fazer tão-somente no momento da propositura da ação. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - REJEIÇÃO. Os embargos declaratórios, ainda que para fins de prequestionamento a recursos destinados a instâncias superiores, pressupõem a presença de omissão, obscuridade ou contradição no acórdão. (TJPR - Órgão Especial - EDC - 516425-4/01 - Curitiba - Rel.: Desembargador Carlos A. Hoffmann - Unânime - J. 16.04.2010)

O Representante inicia suas razões requerendo a suspensão liminar da eficácia da Norma impugnada, defendendo a comprovação dos requisitos legais:

T.J. – O.E.

DI nº 0040214-33.2020.8.19.0000

Des. Leila Albuquerque



A verossimilhança dos pedidos formulados revela-se nas razões explicitadas ao longo da inicial. Restaram demonstradas as evidentes violações cometidas aos dispositivos da Constituição Estadual: art. 192, art. 193, art. 199, §11, art. 214 e art. 228.

[...]

O perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, a justificar a imediata suspensão de eficácia da lei, também está presente.

A norma impugnada, em razão de suas múltiplas inconstitucionalidades, causará enorme insegurança jurídica no comércio eletrônico, tanto das supostas “mercadorias digitais” (como expressa o Estado), mas também em relação aos negócios envolvendo os bens físicos.

Data venia, a vigência da Lei 8.795/2020 se iniciará 30 dias após a edição de Norma Regulamentadora, a qual ainda não foi feita pelo Ente Público, razão pela qual não há que se falar em *periculum in mora*, de modo que não se encontra presente requisito para a concessão da liminar.

O primeiro Representado, por sua vez, pretende a extinção do processo ao argumento de que “*a maioria dos dispositivos da Constituição do Estado invocados pelo Representante são ‘simples espelhamentos de preceitos’ da Carta Republicana, o que afastaria a competência da Justiça Estadual*”.

No entanto, o Tribunal Estadual tem competência para conhecer e julgar Demanda em que se argua contradição entre Norma Legal e Constituição Estadual nos termos em que reproduz preceito obrigatório previsto na Constituição Federal, hipótese dos autos.

Trata-se de entendimento consignado no Tema 484 das teses de Repercussão Geral da Corte Suprema:

"Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados".

Nesse sentido:

“DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. CONVERSÃO EM JULGAMENTO DE MÉRITO NA FORMA DO ART. 105 § 7º DO REGIMENTO INTERNO DESTE TJRJ. IMPUGNAÇÃO DA NORMA CONTIDA NO ART. 1º, INCISO IV, DA LEI ESTADUAL Nº 8.400, DE 23 DE MAIO DE 2019, QUE DISPÕE SOBRE A AUTORIZAÇÃO DE PORTE DE ARMA DE FOGO POR OCUPANTES DO CARGO DE AGENTE SOCIOEDUCATIVO DO DEGASE E, POR ARRASTAMENTO, DOS ARTIGOS 2º E 3º DO MESMO DIPLOMA LEGAL. 1 - Preliminarmente, enfatiza-se a competência deste Colegiado para conhecer da demanda. Conforme já declinado em voto vencido desta Relatoria, entende-se pela Competência deste Tribunal Estadual, conquanto a norma da qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade afronta diretamente não apenas os artigos 21, VI e 22, XXI, da Constituição da República (que prescrevem ser da União a competência privativa para legislar sobre material bélico), mas também, por via reflexa, os artigos 72 e 98 da Constituição de nosso Estado. O Princípio da Simetria rege a hipótese. As normas que a Constituição Federal determina, explícita ou implicitamente, que sejam observadas pelo Estado, são transplantadas para as Constituições Estaduais (normas de reprodução), ainda que não sejam transcritas em seu texto, vez que são partes integrantes dessas por determinação de um comando maior, que é emanado da Carta Republicana. Assim sendo, ao prever que determinadas matérias sejam de competência da União ou dos Municípios, o constituinte originário promove a exclusão dessas do âmbito de competência dos Estados-membros. Por fim, merece especial relevo o fato de que o Pretório Excelso tem entendido que compete ao Tribunal de Justiça local conhecer e julgar de ação direta de inconstitucionalidade, em que se alegue violação de

norma posta na Constituição estadual, na hipótese de o parâmetro de controle confirmar repetição de preceito obrigatório previsto na Constituição Federal, hipótese dos autos. Referido entendimento resultou inclusive sacramentado no Tema 484 das teses de Repercussão Geral decididas pelo STF que agasalha a seguinte orientação: "Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados." 2 - No que concerne ao mérito, assiste inteira razão ao Representante. Indefectivelmente, as normas ora impugnadas tratam de matéria cuja a competência é privativa da União, a teor do que preconizam os artigos 21, VI; 22, I da Constituição da República. O art. 22 da CRFB cuida da competência legislativa privativa da União que, nos termos do seu parágrafo único, somente por lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias nele relacionadas. A norma que materializa por ora o preceito constitucional no tocante ao porte de armas de fogo é Lei nº 10.826/2003. Todavia, a Lei Federal exaure a regulamentação, não deixando qualquer margem para exercício legislativo suplementar pelos Estados, consoante defendido pelo Representado. A controvérsia não inova no cenário jurídico brasileiro, tendo sido recentemente debatida no Plenário do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5359/SC. Na ocasião definiu-se que: "Compete privativamente à União autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico, bem como legislar sobre matéria penal. Precedente: ADI 2.729, redator p/ o acórdão Ministro Gilmar Mendes. O Estatuto do Desarmamento é norma federal e, de forma nítida, afastou a possibilidade do exercício das competências complementares e suplementares dos Estados e Municípios para autorizar porte de arma de fogo, ainda que a pretexto de regular carreiras ou de dispor sobre segurança pública, seja para

T.J. – O.E.

DI nº 0040214-33.2020.8.19.0000

Des. Leila Albuquerque



garanti-lo aos inativos da carreira dos agentes penitenciários, seja para estendê-lo à dos agentes do sistema socioeducativo". Demais disso, equiparar os agentes socioeducativos a agentes penitenciários com o fim de lhes estender o porte de armas de fogo, implica em menoscabo do princípio da prioridade absoluta (artigo 227 da Magna Carta). Violado, portanto, o disposto nos artigos 72, caput e 98 da Carta Fluminense c/c artigo 21, VI e 22, I da CRFB. Assim, solução outra não comporta o presente caso, senão a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, cujos efeitos são os de regra, ex tunc. REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE".

(0031421-42.2019.8.19.0000 - DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Des. MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES GUERRA GUEDES - Julgamento: 21/06/2021 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL)

No mérito, o Representante afirma que houve *“manifesta violação perpetrada pelo referido ato normativo aos seguintes dispositivos da Constituição Estadual: art. 192, art. 193, art. 199, §11, art. 214 e art. 228”*.

Tais dispositivos assim dispõem:

“Art. 192 - O sistema tributário estadual será regulado pelo disposto na Constituição da República, em leis complementares federais, nesta Constituição e em leis estaduais complementares e ordinárias.

Art. 193 - O Estado e os Municípios balizarão a sua ação no campo da tributação pelo princípio da justiça fiscal e pela utilização dos mecanismos tributários, prioritariamente, como instrumento de realização social, através do fomento da atividade econômica e coibição de práticas especulativas e distorções de mercado.

(...)

Art. 199 - Compete ao Estado instituir:

I - impostos sobre:

a) transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
c) propriedade de veículos automotores.

(...)

§ 11 - Quanto ao imposto de que trata o inciso I, b, deste artigo, observa-se-á a lei complementar federal, no tocante a:

I - definição de seus contribuintes;

II - substituição tributária;

III - compensação do imposto;

(...)

Art. 214 - O Estado e os Municípios, observados os preceitos estabelecidos na Constituição da República, atuarão no sentido da realização do desenvolvimento econômico e da justiça social, prestigiando o primado do trabalho e das atividades produtivas e distributivas da riqueza, com a finalidade de assegurar a elevação do nível e qualidade de vida e o bem-estar da população.

(...)

Art. 228 - O Estado e os Municípios concederão especial proteção às microempresas e empresas de pequeno porte, como tais definidas em lei, que receberão tratamento jurídico diferenciado, visando o incentivo de sua criação, preservação e desenvolvimento, através da eliminação, redução ou simplificação, conforme o caso, de suas obrigações administrativas, tributárias, creditícias e previdenciárias, nos termos da lei, assegurando-lhes, entre outros, direito a:

I - redução de tributos e obrigações acessórias estaduais e municipais, com dispensa do pagamento de multas por infrações formais, das quais não resulte falta de pagamento de tributos;

II - notificação prévia, para início de ação ou procedimento administrativo ou tributário-fiscal de qualquer natureza ou espécie;

III - habilitação sumária e procedimentos simplificados para participação em licitações públicas, bem como preferência na aquisição de bens e serviços de valor compatível com o porte das micro e pequenas empresas;

IV - criação de mecanismos descentralizados, a nível regional, para o oferecimento de pedidos e requerimentos de qualquer espécie, junto a órgãos de registros públicos, civis e comerciais, bem como perante a quaisquer órgãos administrativos tributários ou fiscais;

V - obtenção de incentivos especiais, vinculados à absorção de mão-de-obra portadora de deficiências ou constituída de menores carentes.

Parágrafo único. As entidades representativas das microempresas e das empresas de pequeno porte participarão na elaboração de políticas governamentais voltadas para esse segmento e no colegiado dos

órgãos públicos em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação”.

Ele impugna especificamente a atribuição pela Lei nº 8.795/2020 de contribuintes e responsáveis tributários além dos parâmetros delineados pelo CTN e LC nº 87/96.

Data venia, a Constituição da República determina que as Leis Complementares devem apenas estabelecer normas gerais em matéria tributária, e não se verifica, *in casu*, qualquer contradição com o que dispõe a LC nº 87/96:

“Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto”.

Outro não é o entendimento do *Parquet*:

“E, no caso sub examine, as hipóteses de responsabilidade disciplinadas pela Lei nº 8.795/2020 encontram fundamento nos supramencionados dispositivos do Código Tributário Nacional e da LC 87/96, que implicam, em última análise, na imputação decorrente da violação ao dever de colaboração, que visa a facilitar a fiscalização ou impedir o inadimplemento do tributo”.

A Norma impugnada tampouco configura atuação contrária ao desenvolvimento econômico e social na medida em que tão somente institui novas hipóteses de incidência de tributo: *“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”.

O Representante também afirma que a obrigatoriedade de que o microempreendedor individual (MEI) providencie inscrição para cumprimento da Lei viola a regra de tratamento diferenciado, esquecendo-se de que a LC 123/2006 já estabelece tal obrigatoriedade:

“Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte:

(...)

XVI – com ausência de inscrição ou com irregularidade em cadastro fiscal federal, municipal ou estadual, quando exigível”.

Na espécie, o Autor defende a inconstitucionalidade das alterações promovidas pelo artigo 1º, incisos II, III e V da Lei nº 8.795/2020 quanto a: **(i) contribuintes** de ICMS, nos artigos 15, §1º, VI, XIX e XX e §3º da Lei nº 2.657/96; e **(ii) responsáveis tributários**, nos termos artigo 18, inciso VIII, alíneas a, b, c e d, todos da Lei nº 2.657/96.

Mais especificamente, a questão se resume à atribuição de contribuinte aos sites ou plataforma eletrônicas que disponibilizem bem ou mercadoria digital assim como de quem o adquire ou importa.

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. 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

T.J. – O.E.

DI nº 0040214-33.2020.8.19.0000

Des. Leila Albuquerque



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, 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

T.J. – O.E.

DI nº 0040214-33.2020.8.19.0000

Des. Leila Albuquerque



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 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, 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 em hipóteses de licenciamento ou cessão do direito de uso de programa de computador 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 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 T.J. – O.E.

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)

Ademais, como bem pontuado na inicial, a Lei nº 8.795/2020 reproduz disposições do Convênio ICMS 106/2017:

*“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*

*T.J. – O.E.
DI nº 0040214-33.2020.8.19.0000
Des. Leila Albuquerque*



transferência eletrônica de dados e concede isenção nas saídas anteriores à saída destinada ao consumidor final.

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 -

T.J. - O.E.

DI nº 0040214-33.2020.8.19.0000

Des. Leila Albuquerque



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”.

Logo, inconstitucionais as regras introduzidas no artigo 15, §1º, incisos XIX, e § 2º quanto à menção feita a esse inciso, artigo 18, inciso VIII, alíneas a, b, c e d da Lei nº 2.657/96, eis que relativos a bens e mercadorias digitais.

Quanto à transferência de bens não corpóreos por plataformas, mais conhecidos como serviços de *streaming*, consoante a alteração promovida no artigo 15, §1º inciso XX da Lei 2.657/96, parece, em um primeiro momento, não existir irregularidade, eis que a previsão estaria em harmonia com precedente do Superior Tribunal de Justiça (Tema 427):

“A incidência do ICMS, no que se refere à prestação dos serviços de comunicação, deve ser extraída da Constituição Federal e da LC 87/96, incidindo o tributo sobre os serviços de comunicação prestados de forma onerosa, através de qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de

comunicação de qualquer natureza (art. 2º, III, da LC 87/96). A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS". (Tema Repetitivo 427)

No entanto, a solução para tal questão, que afeta os serviços conhecidos popularmente como *streaming*, passa pela leitura do voto do Ministro Relator Dias Toffoli na ADI 5659/MG, reproduzido em parte na ADI 1945, na qual foi designado para redação do voto vencedor.

Especificamente, o Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli tece considerações no sentido de que, em regra, o simples fato de o serviço estar inserido em Lei Complementar já se mostra suficiente para atrair a incidência do ISS e afastar o tributo Estadual.

"A Corte tem tradicionalmente resolvido as indefinições entre o ISS e o ICMS com base na sistemática objetiva, isto é, determina a incidência apenas do primeiro se o serviço está definido por lei complementar como tributável por tal imposto, ainda que sua prestação envolva o fornecimento de bens, ressalvadas as exceções previstas na lei; ou a incidência apenas do segundo sobre as operações de circulação de mercadorias que envolvam serviços não definidos por lei complementar como tributáveis por imposto municipal.

Vejamos o julgamento do Tribunal Pleno no RE nº 168.262/SP. Segundo o Relator, o Ministro Marco Aurélio, embora a Constituição Federal estabeleça caber aos municípios o ISS incidente sobre os serviços definidos em lei complementar (art. 156, III, redação dada pela EC nº 3/93), há situações ambíguas que geram conflitos quanto à competência tributária. Da perspectiva do Relator, foi por essa razão que a própria Carta Federal previu igualmente caber a lei complementar dispor sobre os conflitos de competência em matéria tributária entre os entes políticos. Em sentido convergente, o Ministro Celso de Mello constatou que a competência dos estados relativa ao ICMS 'deve ser interpretada em função do que também prescreve a norma consubstanciada no art. 155, § 2º, IX, b, do Estatuto Fundamental'. Desse modo, assentou Sua

Excelência que o imposto estadual incidiria sobre o fornecimento de mercadorias acompanhado de prestação de serviços, exceto se esses estivessem especificados pela lei complementar definidora dos serviços tributáveis pelo ISS.

Também o Ministro Teori Zavascki, quando ainda compunha o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão do qual foi Relator, bem sintetizou os critérios objetivos na delimitação das competências tributárias entre os estados e os municípios:

‘DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ENTRE ESTADOS E MUNICÍPIOS. ICMS E ISSQN. CRITÉRIOS... 1. Segundo decorre do sistema normativo específico (art. 155, II, § 2º, IX, b e 156, III da CF, art. 2º, IV, da LC 87/96 e art. 1º, § 2º, da LC 116/03), a delimitação dos campos de competência tributária entre Estados e Municípios, relativamente à incidência de ICMS e de ISSQN, está submetida aos seguintes critérios: (a) sobre operações de circulação de mercadoria e sobre serviços de transporte interestadual e internacional e de comunicações incide ICMS; (b) sobre operações de prestação de serviços compreendidos na lista de que trata a LC 116/03 (que sucedeu ao DL 406/68), incide ISSQN; e (c) sobre operações mistas, assim entendidas as que agregam mercadorias e serviços, incide o ISSQN sempre que o serviço agregado estiver compreendido na lista de que trata a LC 116/03 e incide ICMS sempre que o serviço agregado não estiver previsto na referida lista’ (STJ, Primeira Seção, REsp 1.092.206/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, mar/2009).

Dessa perspectiva, nos termos da orientação tradicional do Supremo Tribunal Federal, o simples fato de o serviço encontrar-se definido em lei complementar como tributável pelo ISS já atrairia, em tese, a incidência tão somente desse imposto sobre o valor total da operação e afastaria a do ICMS.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 116/2003 teve seu rol de serviços ampliado pela Lei Complementar nº 157/2016, que, dentre outras alterações, introduziu os itens 1.03 e 1.09 à lista de serviços, sendo eles:

“1.03 - Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres.”

“1.09 - Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a

T.J. – O.E.

DI nº 0040214-33.2020.8.19.0000

Des. Leila Albuquerque



imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei no 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS). ”

Tais modificações introduzidas pela Lei Complementar nº 157/2016 contemplaram na hipótese de incidência do ISS os serviços de streaming de dados, sendo eles a *“disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagens e texto por meio da internet”*.

Logo, percebe-se que o do Supremo Tribunal Federal nas ADI 5659/MG e ADI 1945, como se extrai dos votos condutores do Ministro Dias Toffoli, coloca-se como verdadeiro empecilho à conclusão pela constitucionalidade da novidade introduzida pela Lei nº 8.795/2020, mais especificamente no que diz respeito à inclusão do artigo 15, inciso XX à Lei nº 2.657/96.

No mesmo sentido, a manifestação do *Parquet*:

“Na hipótese, a tecnologia utilizada nos serviços de streaming não se confunde com a ‘prestação de serviços de comunicação’, eis que consiste em mera disponibilização de conteúdos de áudio/vídeo via internet, que os consumidores/clientes podem ter acesso. Assim, o conteúdo disponibilizado pelas referidas plataformas dependem do serviço de comunicação, ou seja, os serviços prestados são disponibilizados a partir da utilização de um serviços de comunicação autônomo, no caso, o de internet.

Portanto, ao incluir o item 1.09 na lista de serviços da LC 116/03, o legislador complementar atribuiu aos municípios a competência para instituir o ISS sobre a atividade principal de tais empresas, afastando, por conseguinte, a competência dos Estados.

O STF já definiu que não incide o tributo estadual sobre os serviços de disponibilização de imagens e som (multimídia) na forma de streaming (transferência de dados de forma temporária ou definitiva via internet), conforme visto acima. Assim, não incide ICMS sobre as prestações de serviços que utilizem um meio de comunicação para que possam ser prestados.

Ademais, caso os sites e plataformas digitais venham a prestar diretamente serviços de comunicação, nos moldes previstos na Constituição Federal e na Lei Complementar 87/96, fora das hipóteses de incidência do ISS, eles serão alcançadas pela tributação estadual, na forma já prevista

genericamente no inciso IX do parágrafo primeiro do art. 15 da Lei Estadual nº 2657/96.

Desta forma, inconstitucional a previsão contida no art. 15, § 1º, inciso XX, da Lei nº 2.657/96, acrescido pela impugnada Lei nº 8795, de 17/04/2020.”

Assim, inconstitucional a alteração promovida pela Lei nº 8.795/2020 para inclusão do artigo 15, § 1º, inciso XX, e § 2º, quanto à menção feita a esse inciso, da Lei nº 2.657/96

A responsabilização do intermediador do pagamento, seja instituição financeira ou a própria plataforma eletrônica nas hipóteses deste realizar a oferta, captação de clientes ou venda das mercadorias não digitais, porém, não pode ser considerada inconstitucional, pois não viola dispositivo legal geral do Código Tributário Nacional:

“Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

Nesse sentido é a manifestação da douta Procuradoria do Estado:

“Com efeito, o intermediador financeiro é a pessoa que processa o pagamento do bem ou mercadoria não digital e, portanto, a sua vinculação com o fato gerador não poderia ser mais intensa, já que é exatamente ele, o intermediador, quem tem o total domínio sobre todos os aspectos – financeiros e informacionais – da relação subjacente entre o adquirente e o vendedor. Vale sublinhar, ainda, que obrigações análogas, imputáveis aos intermediários financeiros, já existem há muito tempo na legislação estadual¹⁰ e, aliás, com enorme frequência se revelam o mais eficaz instrumento do Fisco para a detecção de grandes sonegações.

Por outro lado, no que concerne aos proprietários ou possuidores de site ou de plataforma eletrônica, tais pessoas jurídicas só serão responsabilizáveis naqueles casos em que elas operacionalizarem a transação financeira e acompanharem todo o percurso do pedido, desde a sua confirmação on line até a entrega da mercadoria ao adquirente (cf. inciso IX

do art. 18), circunstâncias estas que também denotam um altíssimo grau de vinculação ao fato gerador do tributo”.

E da douta Procuradoria de Justiça:

“Com efeito, em relação aos parágrafos 7º, 8º e 9º do art. 17 e inciso IX do art. 18, estes versam sobre a responsabilidade pelo pagamento do imposto, por intermediadores, hipótese que também era genericamente prevista no caput do art. 17, abaixo transcrito:

“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.

A lei complementar nº 87/96, que trata do ICMS, disciplina que a lei ordinária pode atribuir a terceiro a responsabilidade, quando os atos concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Recentemente, em 15/09/2021, ao julgar a ADIN 6.284/GO, de relatoria do eminente Ministro Luis Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese “É inconstitucional lei estadual que disciplina a responsabilidade de terceiros por infrações de forma diversa das regras gerais estabelecidas pelo Código Tributário Nacional.”

Com efeito, o Código Tributário Nacional, em seu art. 121, trata genericamente do polo passivo da obrigação tributária distinguindo a figura do contribuinte, que possui relação direta com o fato gerador, com a do responsável, cuja vinculação ao fato gerador é indireta.

[...]

Ao tratar especificamente do ICMS, a Lei Complementar 87/96, em seu art. 5º permite expressamente que os Estados atribuam responsabilidade tributária para terceiro vinculado ao fato gerador, senão vejamos:

Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

No julgamento do RE 562276, embora não relacionado diretamente ao caso em análise, o Pretório Excelso delimita as hipóteses legais onde poderá ocorrer legitimamente a atribuição de responsabilidade tributária a terceiros envolvidos na comercialização de mercadorias:

DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL.

**REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS
DEMAIS TRIBUNAIS.**

1. Todas as espécies tributárias, entre as quais as contribuições de seguridade social, estão sujeitas às normas gerais de direito tributário.

2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128.

3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas “as pessoas expressamente designadas por lei”, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente.

4. A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (*dritter Persone*, *terzo* ou *tercero*) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, *inconfundível* com aquela. O “terceiro” só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que a contrario sensu, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte.

5. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação

T.J. – O.E.

DI nº 0040214-33.2020.8.19.0000

Des. Leila Albuquerque



da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a personalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade.

6. O art. 13 da Lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF.

7. O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor desconsideração ex lege e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição.

8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

9. Recurso extraordinário da União desprovido.

10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC.

(RE 562276, Tribunal Pleno, Ministra Ellen Gracie, julgamento em 03/11/2010, publicado em 10/02/2011)

(grifo nosso)

Não há dúvida de que a responsabilidade de terceiros somente será possível nas hipóteses contempladas na legislação geral, quais sejam: (a) de uma vinculação do terceiro ao fato gerador (art. 128 do CTN); e (b) de uma violação ao dever de colaboração, por parte deste terceiro, que concorra para o resultado final de inadimplemento do tributo (art. 5º da LC 87/96).

E, no caso sub examine, as hipóteses de responsabilidade disciplinadas pela Lei nº 8.795/2020 encontram fundamento nos supramencionados dispositivos do Código Tributário Nacional e da LC 87/96, que implicam, em última análise, na imputação decorrente da violação ao dever de colaboração, que visa a facilitar a fiscalização ou impedir o inadimplemento do tributo.

A responsabilização tributária dos intermediadores de pagamentos, inclusive credenciadora ou administradora de cartão de crédito

T.J. – O.E.

DI nº 0040214-33.2020.8.19.0000

Des. Leila Albuquerque



ou débito ou de outro meio de pagamento, e dos proprietários ou possuidores de site ou de plataforma eletrônica, em relação às operações com mercadorias não digitais, surgirá apenas se eles incorrerem em alguma das violações ao dever de colaboração taxativamente mencionadas nos três incisos que delimitam o alcance da responsabilidade estatuída nos §§ 7º e 8º do art. 17 da Lei nº 2.657/96.

[...]

De igual sorte, o inciso IX do art. 18 estabelece a responsabilidade tributária do proprietário ou possuidor de site ou plataforma eletrônica apenas nas hipóteses deste realizar a oferta, captação de clientes ou venda das mercadorias não digitais e, além disso, “operacionalizar a transação financeira e o acompanhamento do pedido, sem que seja emitida nota fiscal obrigatória.”

[...]

Nesta hipótese, não há violação ao princípio constitucional da razoabilidade ou proporcionalidade, uma vez que, descumprido o dever de informação ou de cooperação, o fisco estadual não terá como cobrar o ICMS dos contribuintes, recaindo a responsabilidade tributária nas plataformas.

Portanto, não vislumbra o Parquet inconstitucionalidade nas disposições constantes do art. 17, parágrafos 7º, 8º e 9º e art. 18, inciso IX da Lei 2657/96, trazidas pela Lei nº 8795, de 17/04/2020.”

Por todo o exposto, ***julga-se parcialmente procedente*** o pedido para declarar a inconstitucionalidade **das alterações introduzidas pela Lei nº 8.795/2020 no artigo 15, § 1º, incisos XIX e XX, e § 2º quanto à menção aos incisos XIX e XX, e artigo 18, inciso VIII, alíneas a, b, c e d, todos da Lei nº 2.657/96.**

Rio de Janeiro, 08 de agosto de 2022.

Desembargadora Leila Albuquerque
Relatora