

Jogos eletrônicos: audiovisual ou software? O ponto ótimo da exegese legal para viabilizar a implementação de políticas públicas de regulação e fomento

Por Magno de Aguiar Maranhão Júnior

01 de agosto de 2017

Sumário: 1. Introdução. 2. Do mercado de jogos eletrônicos. 3. O encontro entre jogos eletrônicos e a indústria cinematográfica. 4. Do reconhecimento dos jogos eletrônicos como obra audiovisual. 5. Do reconhecimento dos jogos eletrônicos como software. 6. Das implicações jurídicas da classificação dos jogos eletrônicos como obra audiovisual para fins tributários. 7. A derrocada da *summa divisio* e o ponto ótimo da dupla proteção. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo científico é de estabelecer uma proposição para solucionar, fundamentadamente, o imbróglio polêmico e atual que gira em torno da definição legal do instituto dos jogos eletrônicos, mormente após o lançamento dos editais PRODAV 14/2016 e, na sequência, PRODAV 14/2017, ambos por intermédio do Fundo Setorial Audiovisual – FSA e da Agência Nacional do Cinema – Ancine.

Em suma, o ponto nevrálgico da discussão é acerca do duplo enquadramento do conceito de jogos eletrônicos por parte do Poder Público diante do ordenamento jurídico pátrio tanto como conteúdo audiovisual, cuja definição se encontra na lei n.º. 12.485 de 12 de setembro de 2011 (lei da TV Paga); e como *software*, consoante disposto na lei n.º. 9.609 de 19 de fevereiro de 1998 (lei do *software*). Confira-se os dispositivos legais respectivos a seguir.

Lei n.º. 12.485 de 12 de setembro de 2011

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...)

VII – Conteúdo Audiovisual: resultado da atividade de produção que consiste na fixação ou transmissão de imagens, acompanhadas ou não de som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, do suporte utilizado

inicial ou posteriormente para fixá-las ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão; (...)

Lei n°. 9.609 de 19 de fevereiro de 1998

Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.”

Nesse sentido, pela simples leitura dos enunciados normativos ora compilados, fica claro que o conceito de jogos eletrônicos pode ser enquadrado em ambos os dispositivos legais, conforme se abstrai da definição técnica de jogo eletrônico.

A questão que exsurge é: seria cabível ou pertinente esse duplo enquadramento diante do ordenamento jurídico brasileiro?

Para responder essa questão, se perfaz necessário conceituar o jogo eletrônico.

Conceitualmente, jogo eletrônico é uma atividade lúdica formada por ações e decisões que resultam numa condição final. Tais ações e decisões são limitadas por um conjunto de regras e por um universo, que no contexto dos jogos digitais, são regidos por um programa de computador. O universo contextualiza as ações e decisões do jogador, fornecendo a ambientação adequada à narrativa do jogo, enquanto as regras definem o que pode e o que não pode ser realizado, bem como as consequências das ações e decisões do jogador. Além disso, as regras fornecem desafios a fim de dificultar ou impedir o jogador de alcançar os objetivos estabelecidos[1]. Sendo certo que tal processo resultou da atividade de produção que consiste na fixação ou transmissão de imagens, acompanhadas ou não de som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-las ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão.

Nesse diapasão, deve-se perquirir as consequências de cada enquadramento legal para buscar a melhor solução e interpretá-la de

acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, sem perder de vista a conjuntura atual, além dos aspectos econômicos e sociais.

2. DO MERCADO DE JOGOS ELETRÔNICOS

Hodiernamente, é notório o crescimento significativo e exponencial do ramo dos jogos eletrônicos no segmento da indústria do entretenimento. A sua estimativa para o ano de 2017, segundo a NEWZOO[2], é de 108.9 bilhões de dólares americanos. Sendo certo que vem superando cada vez mais a receita oriunda do mercado cinematográfico.

Por conseguinte, o fenômeno da convergência digital atrelado ao crescimento da internet móvel e da banda larga permitiu o desenvolvimento dos jogos nas plataformas mobile para serem utilizados em *smartphones* e *tablets* viabilizando assim o alcance de novos consumidores, principalmente no consumo dos jogos enquadrados como casuais, que podem ser jogados em filas de banco, esperas de consultas médicas e durante intervalos em geral[3].

Consoante menciona a Análise de Impacto Regulatório – AIR nº 1/2016/SEC, produzida pela Ancine, cada jogo eletrônico deve ser individualmente considerado como produto da criatividade humana e, portanto, parte indissociável da cultura que o gerou. Tal concepção faz com que contenha, ainda que de forma intrínseca, valores subjacentes, tradições e crenças desta cultura, sendo capaz de produzir ou representar um ou mais de seus traços distintivos espirituais, materiais, intelectuais ou afetivos. Sem olvidar a capacidade dos jogos eletrônicos de revelar elementos da cultura de um povo é acentuada pelo seu caráter lúdico e interativo[4].

Ainda de acordo com a Análise de Impacto Regulatório nº 1/2016/SEC, a indústria de jogos eletrônicos também promove inovação tecnológica e desenvolvimento científico, impulsionando o crescimento dos mais variados segmentos de mercado. A produção de jogos combina a aplicação de conhecimentos de teoria dos jogos, tecnologia da informação, narrativa audiovisual, animação, design gráfico, ilustração, sonoplastia, música, entre outros, demandando pessoal altamente qualificado para formação de equipes multidisciplinares capazes de gerar produtos competitivos e inovadores[5]. Ocorrendo o mesmo fenômeno no Brasil no tocante às ferramentas; em contrapartida, há um desequilíbrio entre o consumo e a produção local, ausculte-se o trecho do AIR a seguir.

“No Brasil, o mercado de jogos eletrônicos movimentou \$ 1,46 bilhões USD em 2015, colocando-o na 11ª posição no mundo e 4ª posição no ranking mundial em quantidade de jogadores (Newzoo, 2015). Esses números e posições contrastam radicalmente com a situação da produção local[6].”

Resta clara, portanto, a necessidade de investimento e intervenção no setor de modo a fomentar as atividades de produção de conteúdo – bem como de distribuição –, para dar sustentabilidade ao mercado que possui grande demanda e uma característica peculiar de já ser concebida como um produto internacional, haja vista o mercado globalizado e as plataformas de distribuição virtual que permitem a venda dos jogos no mercado global, tais como *steam*, *origin*, *nuuvem*, *blizzard*, etc.

Ademais, diante da visível evolução tecnológica no setor percebe-se cada vez mais a notória aproximação entre os jogos eletrônicos e as produções cinematográficas, especialmente no que concerne aos jogos AAA (“*triple A*”)[7], sendo cada vez mais evidentes as semelhanças.

3. O ENCONTRO ENTRE JOGOS ELETRÔNICOS E A INDÚSTRIA CINEMATOGRÁFICA

Como frisado, os jogos eletrônicos sofreram ao longo dos anos diversas transformações, chegando a um nível de conseguir executar uma verdadeira simulação da realidade da mesma maneira que faz a estética do cinema, como já dito com outras palavras no subtítulo anterior. Esta semelhança dos jogos com o mundo real traz características que são encontradas nas produções cinematográficas, que como um produto de entretenimento lida com o real, com relação a constituição da imagem, ambientação sonora e narrativa. De modo que esta convergência exsurge é fundamental para a sobrevivência de ambas as mídias. Tal fato é bastante perceptível também pelas “*cutscenes*” comumente existentes nos jogos “*triple A*”.

Por outro lado, já existem filmes que utilizam do elemento da interação do telespectador, utilizam-se da expressão “*breaking the fourth wall*”, que ignora a “barreira imaginária entre o cenário, o palco e o público”[8], estando presente um dos elementos mais importantes dos jogos eletrônicos que é a interação.

Nesse diapasão, poder-se-ia até utilizar um trocadilho de palavras mencionando que temos atualmente verdadeiros “jogos cinematográficos” ou “filmes interativos”.

Noutro giro, apesar de conter similaridades, ambos possuem formas de interatividade distintas. De maneira ilustrativa, enquanto assiste a um filme, o espectador adota uma postura *leanback*^[9], mas recebe estímulos, decodifica-os, interpreta-os, arquiva-os e, doravante, os evoca em seu sistema nervoso. Ressaltando que essas habilidades demandam diversas funções cognitivas, como a percepção, a linguagem, a memória e a consciência. Já nos jogos eletrônicos, os jogadores – *players* – adotam uma postura *lean forward*^[10], mais ativa, proporcionada pela interatividade homem-máquina. Segundo Oliver Grau^[11], “a interatividade dos videogames é aquela que permite exploração e surpresa e, ao mesmo tempo, é coerente e razoavelmente previsível”. Sem olvidar o uso de funções cognitivas bastantes similares.

Dessarte, a tendência que tem se apresentado ao longo dos últimos anos é a aproximação entre os jogos eletrônicos e o cinema que se torna cada vez mais evidente, como ficou explanado acima. Portanto, ambos os institutos – cinema e jogos eletrônicos devem ser encarados como simbióticos e não como compartimentos estanques ou dicotômicos.

4. DO RECONHECIMENTO DOS JOGOS ELETRÔNICOS COMO OBRA AUDIOVISUAL

Diante do exposto nos subtítulos anteriores, ficam claras as semelhanças entre as obras cinematográficas e os jogos eletrônicos, bem como as suas diferenças. Além disso, ficou devidamente demonstrado logo no início da pesquisa a possibilidade do enquadramento do conceito de jogos eletrônicos tanto no art. 1º da lei n.º. 9.609 de 19 de fevereiro de 1998 (lei do *software*), bem como no art. 2º da lei n.º. 12.485 de 12 de setembro de 2011 (lei da TV Paga).

Nessa toada, percebe-se a viabilidade de utilização desse duplo espectro de proteção para os jogos eletrônicos. Isto posto, vale a pena trazer à baila para essa construção, o pensamento de NIETZSCHE, segundo o qual os conceitos e valores tradicionais tem sua razão de existir em um momento histórico determinado e vão se modificando de acordo com a evolução da sociedade para que sejam erigidos novos conceitos, princípios e valores condizentes com a realidade^[12].

NIETZSCHE[13] usa o exemplo do conceito de bom, cuja origem era de que os atos “bons” eram todos aqueles praticados pelos nobres, poderosos em detrimento dos atos que era praticados por pessoas comuns, plebeus. E, com a queda da aristocracia, passou-se a entender o conceito de “bom”, de forma mais rudimentar, como aquele ato não egoísta, com características positivas.

Um outro arquétipo interessante que se aplica às transformações dos conceitos no tempo e espaço é da própria concepção do princípio da liberdade, conforme explana HOBBSAWM[14]: “antes de 1800, sobretudo uma expressão legal que denotava o oposto de escravidão, tinha começado a adquirir novo conteúdo político. Sua influência direta é universal, pois forneceu padrão para todos os movimentos revolucionários subsequentes [...]”. E hoje temos a liberdade ambulatorial, a liberdade de crença, a liberdade de opinião, a liberdade de expressão e outra infinidade de liberdades. O que prova a enorme transformação e adaptação do conceito à realidade atual.

Nesse esteio de raciocínio resta flagrante a transformação tecnológica que denota a aproximação entre o cinema e os jogos eletrônicos, de modo que o conceito de obra audiovisual seja perfeitamente aplicável a ambos os casos.

Contudo, as legislações não podem acompanhar o processo de transformação da realidade, é preciso um exercício interpretativo para que se permita harmonizar as transformações sociais, pois é cediço que há um procedimento legislativo de certa complexidade que demanda uma quantidade de tempo razoável – até para que a sociedade tenha certa segurança jurídica –, que culmina com uma grande quantidade de leis já seja concebida com defasagens significativas. Sem obliterar as leis que já são mais antigas e, por conseguinte, não tem aptidão para acompanhar o desenvolvimento social, econômico e tecnológico, tal como ocorre *in casu*.

Dessa maneira, é necessário se estabelecer um critério de *discrimen* para que a exegese das leis fique mais racional, porquanto não se pode admitir um critério discricionário para sua aplicação.

Nesse cenário, sugere-se a distinção entre obra audiovisual *stricto sensu* e obra audiovisual *lato sensu*.

Ao longo dos tempos o termo “audiovisual” foi utilizado pela indústria, pelo poder público e pelos legisladores para se referir à obra videofonográfica e cinematográfica, logicamente sem excluir os projetos transmidiáticos. Ora, fica evidente que não se havia pensado nos jogos eletrônicos como “produto” audiovisual naquele momento de criação das leis que regem o audiovisual. Nesse sentido entende-se aqui interpretar essas obras audiovisuais originalmente pensadas pelo legislador como obra audiovisual *stricto sensu*.

Já o conceito de obra audiovisual que engloba os jogos eletrônicos poderia ser caracterizado como obra audiovisual *lato sensu*.

Apesar do edital da Ancine ter dado maior alarde e publicidade ao tema, o Ministério da Cultura – MINC já havia enquadrado os jogos eletrônicos como audiovisual para fins da lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991 (lei *Rouanet*) por intermédio da Portaria nº 116, de 29 de novembro de 2011, mais tarde atualizada pela portaria nº 5 de 26/01/2012 – DOU de 30 de janeiro de 2012. Confira-se.

“Portaria nº 116, de 29 de novembro de 2011-Minc

Art. 1º Ficam assim distribuídos os segmentos culturais integrantes das áreas de

representação da CNIC, para os efeitos do § 3º do art. 18 e do art. 25 da Lei nº 8.313, de 1991: (...)

II – audiovisual: (...)

k) jogos eletrônicos; e (...)”

Assim sendo, o primeiro passo para o enquadramento dos jogos eletrônicos que havia sido dado com a portaria supracitada, culminou com a obtenção de recursos através de incentivos fiscais pela empresa Swordtales, responsável pela elaboração do jogo Toren[15], o que foi bastante celebrado pelo setor. Ressaltando ainda que vários jogos chegaram a ser selecionados, mas o jogo Toren é o que se tem notícia de ter sido efetivamente contemplado com o investimento.

5. DO RECONHECIMENTO DOS JOGOS ELETRÔNICOS COMO SOFTWARE

Noutro giro, para fins tributários, a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais (TRF`s) têm se construído no sentido de reconhecer os jogos eletrônicos como software. Registre-se que em uma decisão recente, da juíza Cristiane Farias, baseou-se no parecer elaborado pelo Instituto Nacional de Tecnologia – órgão do Ministério da Ciência[16] –, nos autos do processo nº 5007448-54.2017.03.6100 e tramitou perante a 9ª Vara Federal Cível em São Paulo.

Nesse esteio de raciocínio, a decisão menciona o art. 81 do Regulamento Aduaneiro, Decreto nº 6.759/2009, advindo de tratados internacionais, que corrobora a tendência mundial de combate à pirataria e incentivo à tecnologia e tem a finalidade de estimular o comércio legal de softwares, na importação desses bens e permite que, para fins de definição de valor aduaneiro da mídia que contém softwares, seja considerado somente o custo do suporte físico em si utilizado na gravação do programa, acarretando, por via de consequência, menor carga de tributação e maior competitividade no mercado interno.

Para resolver a questão tributária, a magistrada decidiu se era necessário verificar se os jogos de eletrônicos são espécies do gênero software ou se equiparam aos conteúdos audiovisuais previstos na exceção do parágrafo 3º.

Nesta esteira, o relatório técnico no 001.072/13, apresentado pelo Instituto Nacional de Tecnologia – INT, unidade do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), órgão público federal credenciado pelo INMETRO para certificar produtos, orientado para auxílio à eficiência e competitividade da indústria brasileira. A respeito dos softwares, o instituto esclarece:

“Um software é um programa de computador, procedimentos, e possíveis documentações e dados associados”.

Tanenbaum Woodhull classificam os softwares em dois grandes grupos:

- *Programas de Sistema – Softwares que permitem ao usuário e a outros softwares facilidades de acesso aos recursos do computador. São responsáveis pela administração de arquivos, controle de periféricos e execução de utilitários. O programa de sistema mais importante é o Sistema Operacional, que fornece a base sobre a qual os demais programas aplicativos são executados. Existem diversos tipos de*

sistemas operacionais tais como, por exemplo, Windows, Linux, MS-DOS e MAC OS.

•Programas aplicativos – Softwares desenvolvidos para o atendimento de uma finalidade específica, tanto profissional, como educacional ou de lazer. Nesta categoria encontram-se, por exemplo, os editores de texto, as planilhas eletrônicas, os softwares de gestão de empresas e também os jogos digitais.

A implementação de um software é feita através do emprego de linguagens de programação e estas podem ser definidas em linhas gerais como um conjunto limitado de instruções a serem seguidas pelo computador para realizar um determinado processo”.

Quanto à descrição dos jogos digitais, a entidade elucidada:

“Segundo Guia, Lozano e Penichet, “um jogo de videogame é um software criado com o intuito geral de entreter e ensinar, e é baseado na interação entre uma ou mais pessoas e um dispositivo eletrônico que executa o jogo”.

(...) “Em termos práticos, Battaiola afirma que um jogo de computador pode ser feito com um sistema composto basicamente de três elementos: enredo, motor e interface interativa. O enredo define o tema, a trama e o objetivo do jogo que o usuário deve tentar atingir através de uma sequência de passos. O motor do jogo corresponde a parte do software que implementa o mecanismo que controla a reação do ambiente em função das possibilidades de ação e decisão do usuário e efetua as devidas alterações de estado no ambiente do jogo. A interface interativa, por sua vez, é responsável pela comunicação entre o motor do jogo e o usuário, retratando graficamente um novo estado do jogo. Jogos digitais, assim como qualquer outro software, são implementados através da construção de conjuntos de instrução detalhadas usando uma ou mais linguagens de programação ou linguagens de script”.

Segundo o parecer do Instituto Nacional de Tecnologia a conclusão é que os jogos de eletrônicos são softwares.

“Pode-se afirmar portanto, que os videogames são softwares, e como tal são desenvolvidos a partir do emprego de linguagens de programação tanto quanto os demais softwares e conforme descrito nos quesitos 1 e 2. Observa-se também que dependendo das características do jogo digital, as tecnologias empregadas no desenvolvimento destes aplicativos podem

atingir um alto grau de complexidade, exigindo a participação de programadores bem qualificados. Este tipo de demanda levou ao surgimento de uma área de conhecimento específica dentro do escopo da ciência da computação, voltada exclusivamente para esse tema de pesquisa, como pode ser observado no extenso levantamento apresentado por Wolf & Perron que inclui o histórico do desenvolvimento de jogos digitais”.

Face ao exposto, foi deferido pelo juízo o pedido de antecipação de tutela requerido para que a União Federal se abstenha de exigir o valor da autuação aplicada conforme decisão proferida no processo administrativo no 10880.727704/2011-80, correspondente à diferença de tributos, multas e juros em razão da inclusão do valor do software ao valor aduaneiro do suporte físico que o contém.

Diante de toda essa argumentação, ficam elucidadas as razões de uma inclinação do Poder Judiciário em reconhecer como *software* os jogos eletrônicos para fins tributários.

6. DAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA CLASSIFICAÇÃO DOS JOGOS ELETRÔNICOS COMO OBRA AUDIOVISUAL PARA FINS TRIBUTÁRIOS

Ao se classificar os jogos eletrônicos como obra audiovisual, há uma implicação tributária relevante a ser considerada. Principalmente por essa razão, a Justiça Federal fora provocada pelos contribuintes e a respectiva decisão foi devidamente mencionada no capítulo anterior para fundamentar a decisão de classificar os jogos para fins tributários como *software*.

Mas quais seriam as implicações de se reconhecer também os jogos eletrônicos como obra audiovisual no âmbito do Direito Tributário? E mais, como fundamentar a coexistência desses dois conceitos dentro do nosso ordenamento jurídico brasileiro da melhor forma possível e viabilizar o fomento do setor?

Preliminarmente, para responder a primeira indagação, deve-se ter em mente que a carga tributária dos jogos eletrônicos no Brasil já é muito elevada, tal como descreve o estudo feito na Análise de impacto Regulatório da Ancine nº 1/2016/SEC e, principalmente, a própria nota esclarecedora da Análise de impacto regulatório posteriormente

divulgada pela agência reguladora que é muito clara nesse sentido, confira-se:

(...) “2. Quanto à tributação, o estudo faz uma análise da carga tributária sobre jogos e consoles. A conclusão é de que a carga tributária hoje é excessiva e pode inibir o desenvolvimento do setor. Desta forma, O ESTUDO RECOMENDA A REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA ATUAL.

3. Em relação a novos impostos, a sugestão é a SUBSTITUIÇÃO de parte dos impostos cobrados atualmente por uma contribuição específica a ser destinada ao Fundo Setorial do Audiovisual om a finalidade de financiar a produção de jogos nacionais, DE MODO A NÃO AUMENTAR A CARGA TRIBUTÁRIA”.

Na sequência, deve ser mencionado que as obras audiovisuais contribuem para o desenvolvimento da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional – CONDECINE, sendo classificada pela doutrina como uma espécie de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, tendo como um dos traços característicos a referibilidade que significa a vinculação do produto de sua arrecadação.

Esclareça-se que as espécies de CONDECINE foram instituídas pela MP 2.228-1/01 e pela lei nº. 12.485/11, sendo elas comumente denominadas: Condecine Licença (Art. 32, I da lei nº. 12.485/11); Condecine Rendimento (Art. 32, parágrafo único da MP 2.228-1/01); Condecine Telecom (Art. 32, II da lei nº. 12.485/11) e Condecine Publicitária Estrangeira Licença (Art. 32, III da lei nº. 12.485/11). O destino de arrecadação dessas receitas é para a composição do Fundo Setorial do Audiovisual – FSA, bem como outros diversos valores especificados em lei.

Dessa maneira, ao se reconhecer os jogos eletrônicos como obras audiovisuais, alguns juristas poderiam defender a cobrança de CONDECINE em face dos produtos oriundos dos jogos eletrônicos.

Por outro lado, o *software*, para fins tributários, apresenta a dificuldade de saber se, como bem imaterial, por conseguinte, incorpóreo; inclui-se no conceito de mercadoria, bem móvel objeto de negociação ou no de serviço.

A [Lei Complementar 116/2003](#) previu, na lista tributável pelo ISS (subitem 1.05), a incidência do imposto no licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.

Na legislação anterior, o Supremo Tribunal Federal (STF) acolheu a tese de que o software é serviço, sujeito ao [ISS](#), quando desenvolvido por encomenda direta do adquirente/consumidor; e é mercadoria, sujeita ao ICMS, quando desenvolvido para ser vendido em série (software de prateleira)[\[17\]](#).

O STJ exarou o seguinte entendimento[\[18\]](#):

“Os programas de computação, feitos por empresas em larga escala e de maneira uniforme são mercadorias de livre comercialização no mercado passíveis de incidência do ICMS. Já os programas elaborados especialmente para certo usuário exprimem verdadeira prestação de serviço sujeita a ISS”.

A Lei Complementar 116/2003 adota o conceito de software como prestação de serviço puro, já que não faz qualquer ressalva quanto à incidência do [ICMS](#), e nem mesmo quanto a se tratar de software de encomenda ou de prateleira. Portanto, a solução do conflito, na ótica da Lei Complementar 116/2003, foi de considerar o software como prestação de serviço puro e simples.

Os Estados, alguns deles, embora exigindo o ICMS sobre o software em geral, adotam base de cálculo de alguma forma representativa apenas do valor do suporte físico.

O Convênio ICMS 181/2015 autoriza a cobrança do imposto nas operações com software, jogos eletrônicos, aplicativos e congêneres, inclusive os disponibilizados por download. O acordo estabelece ainda que a carga tributária decorrente dessa cobrança deve corresponder a, no mínimo, 5% do valor da operação.

A vantagem da tributação do ISS, em tese, é que a alíquota – máxima de 5% – pode ser menor que a alíquota do ICMS (de 5 a 18%, dependendo do Estado), apesar de que, na legislação do ISS, não há direito de crédito, como no ICMS.

Ressalve-se, contudo, que para o afastamento da incidência tributária do ICMS, se faz necessário consulta específica ao órgão fazendário do respectivo estado.

Uma solução intermediária é tributar o suporte físico, caso haja, pelo ICMS – creditando-se do imposto na aquisição do mesmo –, e o licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação pelo ISS, observando-se, ainda, a questão da tributação exigida pelo Convênio ICMS 181/2015[19].

7. A DERROCADIA DA *SUMMA DIVISIO* E O PONTO ÓTIMO DA DUPLA PROTEÇÃO

Dito isso, passa-se a formular uma proposta de compatibilização para que os jogos eletrônicos sejam reconhecidos como obra audiovisual para fins do direito do entretenimento e administrativo e; ao mesmo tempo, seja reconhecido como *software* para fins tributários como vem entendendo a Justiça Federal, deve-se partir da premissa explanada a seguir.

Em primeiro lugar, apesar de parecer inusitado que um instituto tenha um significado para um determinado ramo do direito e tenha um significado, aceção ou conceituação diversa para outro, há alguns exemplos clássicos da doutrina que seguem essa mesma lógica.

Um exemplo clássico é a maioria penal do Código Penal brasileiro que continua seguindo a regra de 14 (quatorze) anos para reconhecer como menores de idade e mantém os benefícios para os menores de 21 (vinte e um) anos, como o caso da atenuante do art. 65, inciso I do Código Penal – CP.

Em contrapartida, o art. 3º do Código Civil de 2002 é claro ao dispor que são absolutamente incapazes os menores de 16 (dezesesseis) anos; relativamente incapazes os maiores de 16 (dezesesseis) e menores de 18 (dezoito) anos e; por derradeiro os que possuem 18 (dezoito) anos completos, oportunidade em que cessa a menoridade.

Outro exemplo é a diferença entre o domicílio civil e tributário. O domicílio civil está previsto no art. 70 e seguintes do Código Civil de 2002 – CC/2002; em contrapartida o domicílio tributário está previsto no art. 127 do Código Tributário Nacional – CTN. Ausculte-se os referidos dispositivos legais.

“CC/2002

Art. 70. *O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.*

CTN

Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

I – quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade;

II – quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento;

III – quanto às pessoas jurídicas de direito público, qualquer de suas repartições no território da entidade tributante.

§ 1º Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação.”

Os institutos da prescrição e da decadência também possuem regras diferentes no direito civil e no âmbito do direito tributário, tal como prevê o CC/2002, especificamente no título IV e consoante o disposto no CTN, incluindo o art. 173; respectivamente. Além desses existem outros diversos exemplos no direito brasileiro.

Essa antinomia é solucionada no âmbito do direito pelo critério da especialidade, traduzido no brocardo latim “*lex specialis derogat generali*”^[20], cuja incidência, no caso, tem a virtude de viabilizar a preservação da essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo. Prevalecendo assim a lei especial, voltada para o ramo do direito em que incide a norma jurídica, em detrimento da lei geral.

Ultrapassado o primeiro ponto, de reconhecer que os jogos eletrônicos podem ser entendidos de maneiras distintas por diferentes ramos do direito, porquanto se encaixam em ambos os conceitos e os avanços tecnológicos pressupõem que haja uma dupla proteção para os jogos eletrônicos, passa-se a explicar o porquê da não aplicação do conceito de audiovisual para fins tributários ao invés de *software* como vem decidindo a Justiça Federal.

Nesse sentido, o princípio da determinação conceitual, corolário do princípio da tipicidade, aduz que os aspectos da norma impositiva sejam estabelecidos com acentuada precisão, a fim de reduzir a vagueza e a ambiguidade dos dispositivos tributários. Noutros termos, o que o princípio em foco proíbe é a adoção de termos e expressões imprecisos, ambíguos ou duais a ponto de exigir que o Poder Executivo integre a norma de incidência, vindo a complementar o trabalho do legislador. Com isso, objetiva conferir segurança jurídica aos contribuintes, permitindo-lhes ter plena ciência acerca do conteúdo das suas obrigações jurídico-tributárias.

Ademais, conforme construção de Alberto Xavier[21], a tipicidade significa que os conceitos tributários devem estar totalmente descritos na lei, a fim de que o contribuinte possa saber previamente o tributo a ser pago, sem ingerência da Administração.

Ora, o contribuinte que tem diversas alterações e inclusões de novos conceitos para determinar seu escopo sem utilizar o critério da preponderância dará azo a insegurança jurídica e a desconsideração do princípio da tipicidade estrita.

Em outras palavras, fazendo uma analogia com o direito penal, seria permitir a aplicação pura e simples da lei sem observância ao princípio da consunção; autorizando assim, de modo equivocado, que o suposto autor de um crime de roubo responda por roubo, furto e lesão corporal concomitantemente em razão de uma mesma conduta perpetrada.

Portanto, a importância da determinação conceitual, da legalidade estrita, da segurança jurídica e da razoabilidade se mostram fundamentais para a solução do imbróglio. De modo que o Estado possa, por intermédio do Direito Administrativo, fomentar a atividade dos jogos eletrônicos que necessita de apoio governamental para criar bases sólidas e criar um novo mecanismo de circulação da economia. E, ao mesmo tempo, garantir a segurança jurídica do contribuinte e não aumentar ainda mais a alta carga tributária do setor inviabilizando o próprio objetivo de fomento.

Em suma, seria uma *contradictio in terminis*, na concepção aristotélica, o poder público entender os jogos eletrônicos como obra audiovisual para fins de fomentar a atividade e, por via transversa, aumentar a carga tributária com total inobservância aos princípios supracitados da segurança jurídica, determinação conceitual e tipicidade estrita.

Dito isto, vale a pena lembrar o mito de Sísifo[22] para ilustrar a situação indesejada e esdrúxula do Estado fomentar a atividade por um lado e, por outro, aumentar a carga tributária, inviabilizando o crescimento da indústria dos jogos eletrônicos.

“Sísifo era um pastor de ovelhas e filho de Éolo, o deus dos ventos. Era tido como a pessoa mais ardilosa que já existiu. Morava num povoado chamado Éfira e, ao melhorar as condições do lugar, passou a chamá-lo de Corinto, que mais tarde se tornou uma grande cidade. Casou-se com Mérope, filha do deus Atlas e que compõe uma das plêiades.

Um dia, Sísifo percebeu que seu rebanho diminuía. Estava sendo roubado. Então, marcou suas ovelhas, seguiu o rasto delas e foi dar na casa de Autólico. Arrolou testemunhas da ladroagem e enquanto os vizinhos discutiam sobre o roubo, rodeou a casa em busca de mais alguma ovelha e encontrou a filha do ladrão, Anticleia. Seduziu-a e a engravidou, vingando-se do malfeitor.

Voltando para casa, Sísifo, que andava sempre escondido, presenciou Zeus, o deus do Olimpo, raptando Egina, filha de Asopo. (...) aproveitando-se do fato, Sísifo, em troca da construção de um poço para sua cidade, entregou o deus sedutor. Claro que Zeus ficou sabendo que Sísifo o tinha dedurado, então pediu que seu irmão Efaístos o levasse para o Hades, mundo subterrâneo onde viviam as almas condenadas.

Pressentindo a fúria de Zeus, Sísifo pede à esposa que não o enterrasse após sua morte e, chegando ao Hades, arma uma cilada para Efaístos e o aprisiona. Conversa com Perséfone, a esposa do deus, e a persuade a deixá-lo voltar e organizar o seu funeral, além de punir os que negligenciaram seu enterro. Ela lhe concede a volta por apenas três dias. Mas, voltando à superfície, ele passa a viver normalmente com sua esposa, como se nada tivesse acontecido.

Vendo aquele absurdo, pois ninguém deveria enganar a morte, Zeus ordenou que Hermes o conduzisse novamente ao Hades e que lá recebesse um castigo exemplar. Deveria rolar uma enorme pedra morro acima, até o topo. Porém, chegando lá, o esforço despendido o deixaria tão exangue que a pedra se lhe soltaria e rolaria morro abaixo. No dia seguinte, o processo se daria novamente, e assim pela eternidade, como forma de envergonhá-lo pela sua esperteza em querer enganar os deuses e a morte. Esse mito narra o esforço inútil de uma pessoa, seu árduo e rotineiro trabalho, que nunca será concluído.”

À guisa de arremate, o argumento que visa a inclusão dos jogos eletrônicos para fins tributários aduz que os mesmos são obras de entretenimento assim como as obras audiovisuais *stricto sensu*. Porém, tal argumento não se sustenta, porquanto a obra audiovisual *stricto sensu* – que inclui obra videofonográfica e cinematográfica, logicamente sem excluir os projetos transmidiáticos não se define somente pelo gênero do entretenimento como ocorre no caso dos documentários ou das obras publicitárias, por exemplo. Ademais, qualquer programa de computador ou aplicativo se sujeitaria a tal discricionariedade e poderia receber esse indevido enquadramento. Afinal, esses dispositivos transmitiriam obras audiovisuais *lato sensu*.

ARISTÓTELES[23], ao escrever sobre a doutrina do meio-termo na obra dedicada a seu filho Nicômaco, trata da ideia de equilíbrio, da justa medida; que é o substrato da ponderação axiológica – realizado por intermédio dos conhecidos postulados da razoabilidade e proporcionalidade. Portanto, faz-se a presente proposição em consideração a toda a argumentação explicitada neste artigo em observância a esses princípios.

* Este artigo científico contém uma posição pessoal do autor que não necessariamente representa o pensamento da Agência Nacional do Cinema, entidade em que o Autor atua como Especialista em Regulação.

Referências

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Martin Claret. 2009.
- BOBBIO. Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*”. trad. Cláudio de Cicco/Maria Celeste C. J. Santos, 1989, Polis/Editora UnB.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 5934 RJ 1995/0032553-5 RMS 5934 RJ 1995/0032553-5, Relator(a): Min. Hélio Mosimann, Segunda Turma, julgado em 04/03/1996. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/547206/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-5934>> Acesso em: 04 de julho de 2017.
- BRASIL. Agência Nacional do Cinema – ANCINE. <https://www.ancine.gov.br/sites/default/files/consultas-publicas/AIR-JogosEletronicos_0.pdf> Acessado
- CAMUS, Albert. *O Mito de Sísifo*. Rio de Janeiro: Editora Record, edição de 2004.

GRAU, Oliver. *Apud* ASSIS, J. P. Artes do Videogame: Conceitos e Técnicas. São Paulo: Alameda. 2007.

HOBBSAWM, Eric J. A Era das Revoluções: Europa 1789-1848. 20. ed. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Temi. 1977.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Obras Incompletas. In. Os Pensadores. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural. 1999.

SCHUYTEMA, P. Design de games: uma abordagem prática. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

XAVIER, Alberto. Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva. São Paulo: Dialética, 2001.

Notas

[1] SCHUYTEMA, P. Design de games: uma abordagem prática. São Paulo: Cengage Learning, 2008. p.447.

[2] Disponível em: <<https://newzoo.com/insights/articles/the-global-games-market-will-reach-108-9-billion-in-2017-with-mobile-taking-42/>> Acessado em 01 de julho de 2017.

[3] P. ex. *Candy Crush, Farmville, etc.*

[4] Disponível em:

<https://www.ancine.gov.br/sites/default/files/consultas-publicas/AIR-JogosEletronicos_0.pdf> Acessado em 01 de julho de 2017.

[5] *Idem.*

[6] *Ibid.*

[7] Na indústria de jogos eletrônicos **AAA** (pronuncia-se "*triple A*") ou **Triplo-A (em português)** é uma classificação utilizada para jogos com os maiores orçamentos e níveis de promoção. Um título considerado AAA, é esperado que seja de alta qualidade, ou que esteja entre os melhores do ano.

Disponível em:

<[https://pt.wikipedia.org/wiki/AAA_\(ind%C3%BAstria_de_jogos\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/AAA_(ind%C3%BAstria_de_jogos))> Acessado em 01 de julho de 2017.

[8] P. ex. ver *Monty Python's The Meaning of Life* (1983), *The Middle of the Film part.*

[9] Trad. Livre. Inclinar para trás. Em outras palavras, adota uma postura passiva.

[10] Trad. Livre. Inclinar para frente. Ou seja, ter uma postura ativa, mais participativa.

[11] GRAU, Oliver. *Apud* ASSIS, J. P. Artes do Videogame: Conceitos e Técnicas. São Paulo: Alameda. 2007. p. 31.

[12] O filósofo mostra que os conceitos e valores tradicionais da moral não são estabelecidos objetivamente, pois têm suas origens em um momento histórico determinado, em uma cultura específica ou servem, tão-somente, a determinados interesses e propósitos que, com o passar dos anos, caem no esquecimento.

“Ora, para mim está na palma da mão, primeiramente, que essa teoria procura o foco próprio de surgimento do conceito de ‘bom’ no lugar errado, e ali o põe: o juízo ‘bom’ não provém daqueles a quem foi demonstrada ‘bondade’! Foram antes ‘os bons’, eles próprios, isto é, os nobres, poderosos, mas altamente situados e de altos sentimentos, que sentiram e puseram a si mesmos e a seu próprio fazer como bons, ou seja, de primeira ordem, por oposição a tudo o que é inferior, de sentimentos inferiores, comum e plebeu”.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Obras Incompletas. In. Os Pensadores. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural. 1999. p. 341.

[13] *Idem.*

[14] HOBBSAWM, Eric J. A Era das Revoluções: Europa 1789-1848. 20. ed. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Temi. 1977. p. 84 e 85.

[15] Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/cultura/primeiro-game-feito-com-recursos-da-lei-rouanet-toren-saudado-como-um-marco-16644048>> Acesso em 02 de julho de 2017.

[16] Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2017/170612tributosgames.pdf> Acessado em 01 de julho de 2017.

[17] Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br/artigos/isssoftware.htm>. Acesso em 04 de julho de 2017.

[18] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 5934 RJ 1995/0032553-5 RMS 5934 RJ 1995/0032553-5, Relator(a): Min. Hélio Mosimann, Segunda Turma, julgado em 04/03/1996. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/547206/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-5934>> Acesso em: 04 de julho de 2017.

[19] *Idem.*

[20] BOBBIO. Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico”. trad. Cláudio de Cicco/Maria Celeste C. J. Santos, 1989, Polis/Editora UnB. p. 91/92 e 95/97, item n. 5.

[21] XAVIER, Alberto. Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva. São Paulo: Dialética, 2001

[22] CAMUS, Albert. O Mito de Sísifo. Rio de Janeiro: Editora Record, edição de 2004.

[23] ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad. Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Martin Claret. 2009. p. 103.