



### **ICMS e ISS em Software**

A questão do ICMS sobre Software é refletida no Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da ADI 1945, em que se alega inconstitucionalidade do ICMS de Mato Grosso (Lei 7.098), em seu Art. 2, inciso VI, que determina haver incidência do imposto sobre *“operações com programa de computador – software - ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados”*; e inconstitucionalidade também em seu Art. 6, §6, que determina: *“Integra a base de cálculo do ICMS, nas operações realizadas com programa de computador - software - qualquer outra parcela debitada ao destinatário, inclusive o suporte informático, independentemente de sua denominação.”* A Lei Complementar do ICMS (LC 87/1996) determina que incide o imposto sobre: *“fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios”*; e sobre *“fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o*

*sujeitar à incidência do imposto estadual”*. A rede de normas tributárias visa evitar dupla imposição tributária ao contribuinte, objetivando que este ou pague ICMS ou pague ISS na operação, observando-se que é a LC do ISS que determina a exceção em sua cobrança, viabilizando a cobrança de ICMS nos casos em que há mercadoria e serviço vendidos unitariamente. E toda esta mecânica fica garantida pelo princípio da estrita legalidade. No caso, a Lei Complementar que regula o ISS (LC 116/2003) define – sem viabilizar cobrança de ICMS – que será devido ISS nas seguintes operações: *“1 – Serviços de informática e congêneres. 1.01 – Análise e desenvolvimento de sistemas. 1.02 – Programação. 1.03 – Processamento de dados e congêneres. 1.04 – Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos. 1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação. 1.06 – Assessoria e consultoria em informática. 1.07 – Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados. 1.08 – Planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas”*. A Corte



## **BRNews | Setor: Tecnologia, Software**

Suprema, em um primeiro instante, rejeitou a tese de inconstitucionalidade, negando liminar e expressando: *“ICMS. Incidência sobre softwares adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados (art. 2º, § 1º, item 6, e art. 6º, § 6º, ambos da Lei impugnada). Possibilidade”*. Ainda em 2013 está em aberto o julgamento final da ADI cuja peça inicial foi assinada em 1999. Ao que tudo indica, o tema envolve um amadurecimento dos operadores do Direito acerca de alguns conceitos técnicos desta área tecnológica de softwares. No acórdão que negou a liminar verifica-se que o Tribunal entendeu que o autor, equivocadamente, aproximou a ideia de *“processamento de dados”* do ISS com a *“transferência eletrônica”* de dados ocorrida com a compra e o download de um programa, conforme expresso na lei estadual do ICMS. Em relação a isto, a Corte parece ter razão. No entanto, quando a lei do ICMS estabelece em seu Art. 6, §6, que: *“Integra a base de cálculo do ICMS, nas operações realizadas com programa de computador - software - qualquer outra parcela debitada ao destinatário, inclusive o suporte informático, independentemente de sua denominação”* é possível compreender

*“suporte informático”* desde o suporte ser um CD até o suporte ser um serviço de assessoria na instalação do programa. Também problemática é a questão do licenciamento ou cessão de direito de uso de softwares, sob incidência de ISS – até que ponto isto pode ser confundido, ou não, com exemplares de programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo, em larga escala? Até que ponto o ISS é indevido por se aproximar mais de uma obrigação de dar do que de uma obrigação de fazer, esta verdadeira essência obrigacional da imposição tributária? Como se vê, os temas tocados envolvem a compreensão do Direito sobre a Tecnologia, tarefa árdua para uma área que está acostumada mais com a tradição do que com a inovação. E mesmo que a voracidade do Fisco seja uma antiga questão, frise-se que novos tempos exigem novas interpretações. Aguardemos o resultado final da Corte.

por *Rafael De Conti* | Advogado Empresarial  
da De Conti Consultoria Jurídica & Advocacia  
([www.decontilaw.com.br](http://www.decontilaw.com.br))

