



**IX CONGRESSO DE DIREITO
TRIBUTÁRIO DO PARANÁ**

08 A 10 DE AGOSTO DE 2018

SEDE DA OAB | CURITIBA | PR

ISS E TRIBUTAÇÃO DE SOFTWARES

JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO
Doutor e Livre-Docente em Direito
8.08.2018

SOFTWARE

Conceitos

Técnico

Conjunto de informações e procedimentos que permite o processamento de dados no computador, e comandam o seu funcionamento, segundo os objetivos do usuário.



Normativo

Lei federal n. 9.609/98

“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 de informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-lo funcionar de modo e para fins determinados”.

“Art. 2º. O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei”.



Lei federal n. 9.610/98

Direitos Autorais e Obras Intelectuais Protegidas.

“(Art 7º);

(...)

XII - os programas de computador,

§ 1º. Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta lei que lhes sejam aplicáveis”.

*



Jurídico

Os programas de computador - softwares possuem a natureza de direito autoral/propriedade intelectual, compreendendo cessão de direito de uso.

STJ

“Direito Civil (...). Programa de Computador (software). Natureza Jurídica. Direito autoral (propriedade intelectual). Regime jurídico aplicável. Contratação e comercialização não autorizada (...);

- O programa de computador (software) possui natureza jurídica de direito autoral (obra intelectual), e não de propriedade industrial, sendo-lhe aplicável o regime jurídico atinente às obras literárias”.

(REsp 443119/RJ - 3ª. T. - rel. Min. Nancy Andrighi - j. 8.5.2003 - DJ 30.06.03, p. 240 - RSTJ v. 180, p. 380).



SOFTWARE É BEM IMATERIAL, INTANGÍVEL, PERTINENTE A TRABALHO INTELLECTUAL, COM A NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO AUTORAL.

Classificação

1. Critério de comercialização:

- a) software proprietário (código de fonte não é distribuído a usuários);
- b) software não proprietário (acessível a todos os usuários).



2. Critério de produção:

- a) encomenda (customizado);
- b) prateleira.

3. Disponibilização:

- a) mídia física;
- b) transferência eletrônica de dados (*download* ou *streaming*).

4. Digital (sites inteligentes)



ISS OU ICMS?

Jurisprudência

STF (RE 176.626 - j. 10.11.98)

“(…)”

II - RE: *questão constitucional: âmbito de incidência possível dos impostos previstos na Constituição: ICMS e mercadoria.*

Sendo a mercadoria o objeto material da norma de competência dos Estados para tributar-lhe a circulação, a controvérsia sobre se determinado bem constitui *mercadoria* é questão constitucional em que se pode fundar o recurso extraordinário.



III. *Programas de computador (“software”): tratamento tributário: distinção necessária.*

Não tendo por objeto uma *mercadoria*, mas um bem *incorpóreo*, sobre as operações de “licenciamento ou cessão do direito de uso de programa de computador” - matéria exclusiva da lide -, efetivamente não podem os Estados instituir o ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, desde logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo - como a do chamado “software de prateleira” (*off the shelf*) - os quais, materializando o *corpus mechanicum* da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio”.

(1ª. T. - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJU 1 de 11.12.98, pp 10-11).



STF (ADIN 1.945-7/MT - j. 26.5.10)

“Incidência do ICMS sobre softwares adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados, por entender ser irrelevante a existência (ou não) de bem corpóreo ou mercadoria em sentido estrito”.

(Pleno - rel. Min. Gilmar Mendes - *Dje* 14.03.11)

STF (RE 688.223)

Assentou repercussão geral (Tema 590) sobre “a incidência, ou não de ISS em contrato a envolver cessão ou licenciamento de programas de computador (software) desenvolvidos para clientes de forma personalizada”.



Legislação

ISS

LC n. 116/03, alterada pela LC n. 157/16 (itens da lista de serviços):

I - Serviço de informática e congêneres.

1.01 - *Análise e desenvolvimento de sistemas.*

1.02 - *Programação.*

(...);

1.04 - *Elaboração de programas de computadores, inclusive jogos eletrônicos, independentemente da arquitetura construtiva da máquina em que o programa será executado, incluindo tablets, smartphones e congêneres.*

1.05 - *Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.*



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*.

Questionamento:

- Postura Restrita

As mencionadas atividades não tipificam “prestações de serviços”, sendo estranhas à obrigação de fazer (instituto do direito privado aplicado ao âmbito tributário - CTN, arts. 109 e 110).



STF (postura jurídica ampla - RE 651.703 - j. 29.9.16)

“15 - A classificação das obrigações em “obrigação de dar”, de “fazer”, e “não fazer”, tem cunho eminentemente civilista (...);

16 - A Suprema Corte, ao permitir a incidência do ISSQN nas operações de *leasing* financeiro e *leaseback* (RREE 547.245 E 592.205), admitiu uma interpretação mais ampla do texto constitucional quanto o conceito de “serviços” desvinculado de “obrigação de fazer”.
(...);



18 - O artigo 156, III, da CRFB/88, ao referir-se a serviços de qualquer natureza não os adstringiu às típicas obrigações de fazer, já que raciocínio adverso conduziria à afirmação de que haveria serviço apenas nas prestações de serviço: (...);

24 - A LC nº 116/03/2003 teve por objetivo ampliar o campo de incidência do ISSQN, principalmente no sentido de adaptar a sua anexa lista de serviços à realidade atual, relacionando numerosas atividades que não constavam dos atos legais antecedentes”.

(Plenário - rel. Min. Luiz Fux. A decisão tratara da incidência do ISSQN sobre “as atividades das operadoras de planos de saúde e de seguro-saúde”).



ICMS

Convênio n. 106/2017

- Cobrança nas “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, comercializados por meio de transferência eletrônica de dados.

Objecções (ADINS 5.576-SP e 5.659-MG).



CONCLUSÕES (do Autor):

1. Na cessão do direito de uso do *software* ocorre apenas o direito de fruir ou dispor da obra intelectual, e não propriamente uma obrigação de fazer.

2. Não incidência do ISS.

Apesar da previsão nas LCs ns. 116/03 e 157/16, **não se poderia sustentar a tributação** porque não se trata de efetiva prestação de serviços (obrigação de fazer), considerando-se o CTN (Arts. 109 e 110).



3. Não incidência do ICMS.

Embora contida no Convênio ICMS n. 106/2017, não se trata de operação mercantil, não ocorrendo a efetiva transferência da titularidade do bem; além do fato de que o suporte físico constitui mero elemento-meio, e não o objeto principal do negócio jurídico.

