



## STF vai julgar ISS sobre cessão de software, Luiz Fux será relator

Já é do Supremo Tribunal Federal a incumbência de definir se o licenciamento e a cessão de programas de computador feitos por encomenda é ou não prestação de serviço sujeita ao Imposto Sobre Serviços (ISS). O tema foi [aceito](#) em setembro pela corte como de repercussão geral e, no último dia 7 de dezembro, teve parecer da Procuradoria-Geral da República em favor da cobrança do imposto.

O Recurso Extraordinário 688.223 é de uma operadora de telefonia celular que recorreu ao Supremo depois que o Tribunal de Justiça do Paraná confirmou o direito do município de Curitiba de cobrar o imposto. Para a empresa, os contratos de licenciamento ou cessão de direitos de uso do software utilizado nos aparelhos não se submetem ao ISS porque não são uma “obrigação de fazer”, mas sim uma “obrigação de dar”.

A operadora argumentou que a Constituição Federal garante a não incidência do ISS sobre serviços de telecomunicações, conforme o artigo 155, parágrafo 3º, e o artigo 156, inciso III, do texto constitucional. “A Constituição Federal dispõe que, à exceção do ICMS, do Imposto de Importação e do Imposto de Exportação, nenhum outro imposto deve incidir sobre operações relativas a telecomunicações”, diz o Recurso Extraordinário. O argumento é que o software é indispensável ao serviço de telefonia móvel. “Sem essa cessão, não pode ser desenvolvida a atividade-fim, o que demonstra que esse expediente integra o conceito de ‘operação relativa’ a essa prestação de serviço.”

“Torna-se inconcebível, desde a época do surgimento da telefonia móvel celular, a possibilidade de se prestar a atividade-fim sem a interligação e gerenciamento de antenas de recepção de sinais emitidos pelos telefones móveis celular — o que é feito pelo software em questão”, reforça a petição. “Depois do programa elaborado, a simples cessão deste não configura qualquer obrigação de fazer, tendo em vista que o objetivo único é a obtenção de autorização para utilização do programa e não a contratação do serviço de um especialista para elaborar o programa.”

A empresa também alegou a inconstitucionalidade da previsão da Lei Complementar 116/2003, que disciplina a cobrança do ISS em todo o país, ao tributar os serviços importados e o licenciamento e cessão de uso de softwares. Os dispositivos atacados são o parágrafo 1º do artigo 1º da norma, e o item 1.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar. O caso, patrocinado pelo escritório Bichara, Barata & Costa Advogados, é o *leading case* da discussão no Supremo.

Segundo o advogado **Luiz Gustavo Bichara**, do escritório Bichara, Barata & Costa Advogados, que representa a autora do recurso, “a discussão não se restringe ao segmento de telefonia, pois afeta tanto os interesses de empresas que operam no licenciamento de software quanto das que dele se utilizam no desempenho de suas atividades”. De acordo com o tributarista, a questão já foi definida pelo Supremo quando da aprovação da Súmula Vinculante 31. “O mesmo racional já foi amplamente debatido e pacificado por meio da súmula, no sentido de que a mera locação de um bem não traduz qualquer prestação de serviço tributável pelo ISS, exatamente como no caso do licenciamento de uso de software empregado pelas operadoras de telefonia ou em outras inúmeras aplicações possíveis.”

Já para o TJ-PR, para a Procuradoria-Geral curitibana e, agora, para a Procuradoria-Geral da República,



a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema é pacífica em favor da tributação. A corte paranaense entendeu que o serviço corresponde ao item 1.05 — “licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação” — da lista contida na Lei Complementar 116/2003, que elenca as atividades sujeitas ao ISS.

### **De volta ao relator**

No Paraná, a 2ª Câmara Cível da corte estadual não aceitou os argumentos da empresa. Os desembargadores rejeitaram a afirmação de imunidade tributária, baseada no artigo 155, parágrafo 3º, da Constituição. Segundo eles, a criação de software por terceiros não é uma atividade-meio do serviço de telecomunicação. Deve ser tributada, inclusive, se o serviço for proveniente do exterior ou tenha apenas começado no exterior.

Para o TJ-PR, como é uma empresa do exterior quem faz o software cedido pela operadora de celular, a relação tributária se daria, em tese, entre a produtora do programa e o município, e não deste com a empresa de telefonia, que é “mera responsável tributária”, por ser incumbida de repassar o ISS à Prefeitura.

A decisão do TJ se baseou em [acórdão](#) do STJ, relatado pelo atual relator do caso no Supremo, ministro Luiz Fux, quando ele ainda fazia parte da 1ª Turma da corte superior. No Recurso Especial 814.075, julgado em 2008, Fux afirmou que “o fornecimento de programas de computador (software ) desenvolvidos para clientes de forma personalizada se constitui prestação de serviços sujeitando-se, portanto, à incidência do ISS”. A corte distinguiu os softwares feitos por encomenda, personalizadas, dos chamados “de prateleira”, sobre os quais incide o ICMS, estadual.

Para o ministro Luiz Fux, relator do caso no STF, o assunto deve ser julgado pela corte devido à sua abrangência. “As operações e contratos utilizando a cessão ou licenciamento por uso de programas de computador, em serviço personalizado, abrange quantidade significativa de empresas”, justificou, ao votar pelo reconhecimento da repercussão geral.

“O figurino maior dos tributos está na Carta Federal, sobressaindo, em termos de conteúdo, a própria nomenclatura”, afirmou o ministro Marco Aurélio, ao concordar com a votação do caso pelo STF. “Cumpra ao Supremo, passo a passo, definir o alcance do texto constitucional. Discute-se, na espécie, se programas de computação cedidos sob o ângulo do uso estão sujeitos ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS.”

O ministro Luiz Fux ainda não pediu dia para incluir o julgamento na pauta do STF.

**Clique [aqui](#) para ler a decisão do Plenário Virtual reconhecendo a repercussão geral.**

**Clique [aqui](#) para ler o acórdão do STJ relatado pelo ministro Luiz Fux.**

**RE 688.223**

**Date Created**

17/12/2012