

**EMENDA Nº 12 – PLENÁRIO**  
**Ao SUBSTITUTIVO DA CAE AO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº**  
**386, DE 2012**

Substitua-se o item 1.04 das modificações à lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 promovida pelo art. 3º do Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 386, de 2012, nos seguintes termos:

**Onde se lê:**

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

**Leia-se:**

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

**JUSTIFICAÇÃO**

A presente emenda tem por objetivo deixar assente que o segmento de *software* e programação somente é alcançado pelo ISS quando a produção é realizada como uma prestação a terceiros, não abrangendo nesse conceito, por óbvio, a produção e fornecimento de produtos de software a usuário final. Este fornecimento ao usuário final corresponde à circulação de uma mercadoria, e portanto submete-se, nos termos constitucionais, ao ICMS. Tampouco a produção pela indústria de *software* “embarcado” em qualquer

equipamento permite destacar o valor dessa produção do valor global do produto para fins de ICMS, uma vez que o componente de *software* é parte integrante do produto. Aplica-se o ISS tão somente nos casos em que a elaboração dessa programação é encomendada a terceiros, e apenas sobre o valor dessa encomenda (e não sobre qualquer parcela do produto final).

Trata-se de reivindicação dos Secretários Estaduais de Fazenda, preocupados com a correta especificação dos fatos geradores do ICMS para evitar perdas arrecadatórias e descumprimento da Constituição.

E assiste razão aos Estados, pois a lei complementar não tem discricionariedade para “escolher” o que é serviço e o que não é. Como bem assentou o Superior Tribunal de Justiça (RE 1.060.210 - SC - 2008/0110109-8):

*2. A Constituição utiliza os conceitos de direito no seu sentido próprio, com que implícita a norma do artigo 110, do CTN, que interdita a alteração da categorização dos institutos.*

*3. Consectariamente, qualificar como serviço a atividade que não ostenta essa categoria jurídica implica em violação bifronte ao preceito constitucional, porquanto o texto maior a utiliza não só no sentido próprio, como também o faz para o fim de repartição tributária-constitucional (RE 116121/SP).*

*5. A dicção constitucional, como evidente, não autoriza que a lei complementar inclua no seu bojo atividade que não represente serviço e, a fortiori, obrigação de fazer, porque a isso corresponderia franquear a modificação de competência tributária por lei complementar, com violação do pacto federativo, inalterável sequer pelo poder constituinte, posto blindado por cláusula pétrea.*

*6. O conceito pressuposto pela Constituição Federal de serviço e de obrigação de fazer corresponde aquele emprestado pela teoria geral do direito, segundo o qual o objeto da prestação é uma conduta do obrigado, que em nada se assemelha ao dare, cujo antecedente necessário é o repasse a outrem de um bem preexistente, a qualquer título, consoante a homogeneidade da doutrina nacional e alienígena, quer de Direito Privado, quer de Direito Público.*

É irrelevante, para essa distinção, o caráter imaterial do produto de *software* entregue (STF. ADI 1.945-MC, Plenário, DJE de 14-3-2011: *ICMS. Incidência sobre softwares adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados [..]. Possibilidade. Inexistência de bem corpóreo ou mercadoria em sentido estrito. Irrelevância.*). Desde que a transação seja uma entrega de produto preexistente (e não a elaboração de um novo nos termos pactuados com o tomador), trata-se inequivocamente de mercadoria transacionada, e portando incide o ICMS – não o ISS – por força diretamente constitucional.

A emenda, portanto, acrescenta a imprescindível ressalva “sob encomenda” aos fornecimentos de que trata o item em referência, de forma a deixar expressa e compreensível essa restrição constitucional.

Senador PEDRO TAQUES  
PDT/MT