

A INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DE SOFTWARE POR DOWNLOAD

Gustavo Pires Maia da Silva

Advogado Sócio de Homero Costa Advogados

Guilherme Scarpellini Rodrigues

Estagiário de Homero Costa Advogados

Alguns Estados da Federação têm cobrado dos contribuintes o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, na comercialização de software por intermédio de *download*, *streaming* ou outros meios.

Cumpra esclarecer que, cada Estado, de acordo com a Constituição da República de 1988, tem liberdade para dispor sobre a instituição do ICMS, elencando as hipóteses de incidência do tributo. Como regra, as Leis Estaduais (em sentido estrito) não têm tratado da incidência do imposto sobre a comercialização de *software para download*.

Com o intuito de suprimir lacuna da Lei Estadual, diante da alegada dificuldade econômico-financeira, o Poder Executivo Estadual, de maneira equivocada, tem editado Decretos, permitindo que a Fazenda Pública passe a tributar a comercialização de *software*.

A voracidade do Fisco não tem limite!

Como é do conhecimento de todos, o Estado Democrático de Direito está acorrentado à reserva legal, não sendo possível atos inferiores, como por exemplo, um Decreto do Executivo, impor deveres maiores do que aqueles expressamente previstos na lei em sentido estrito. A criação de hipótese de incidência tributária via Decreto, incorre em violação direta ao princípio da estrita legalidade tributária.

A determinação da hipótese de incidência tributária está reservada à lei. A edição de Decreto com tal finalidade ofende o princípio da reserva legal, sendo imperioso que se reconheça a inconstitucionalidade/ilegalidade do instrumento normativo adotado pelo Poder Executivo Estadual.

Outra questão que deve ser observada e que ampara os contribuintes é o fato de que as empresas já pagam para alguns Municípios o Imposto sobre Serviços – ISS pela atividade. De acordo com a Lei Complementar nº 116/2003, deve-se cobrar ISS sobre licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação. Nesses casos, o contribuinte seria onerado duas vezes. Uma pelo Fisco Municipal. Outra pelo Fisco Estadual. A cobrança em duplicidade sobre o mesmo fato jurídico não pode prosperar.

Frente a tais considerações, diversos contribuintes têm buscado o Poder Judiciário, com a finalidade de alcançarem decisões que afastem a cobrança do ICMS incidente sobre a comercialização de *softwares*, quando tal exigência teve nascimento unicamente na edição de um Decreto.

A discussão da matéria já chegou ao Supremo Tribunal Federal com a propositura das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1945 e nº 5958.

A Corte Máxima dará a ultima palavra sobre a tese. Aguardemos!