

STF pode definir regime de tributação de software com caso de 1991

Há quase 30 anos, chegou ao Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade para discutir o regime de tributação de *softwares*. Ajuizada pelo PMDB, a ação questiona lei do Mato Grosso que determina a incidência do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) às operações de cópias ou exemplares dos programas de computador.

Nelson Jr. / SCO / STF



Cármen Lúcia pautou para julgamento, em lista, caso sobre incidência de ICMS em softwares que tramita na corte desde 1999
Nelson Jr. / SCO / STF

A ADI 1.945, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, está em tramitação no Supremo desde 1999. Pela similitude do tema, ela havia sido apensada para julgamento em conjunto com um recurso extraordinário e outra ADI (RE 688.223 – Tema 590 da repercussão geral, e a ADI 5.659). Todos os casos estavam pautados para sessão plenária do dia 18 de março, mas foram excluídos do calendário por causa da pandemia do coronavírus.

No entanto, a ADI foi destacada pela ministra para voltar a julgamento virtual, em lista, que começa na próxima sexta-feira (17/4) e decidirá seu mérito. Como o processo chegou ao STF em 1991, a percepção de advogados do setor é de que seria prejudicial formar um precedente de tamanha importância em um processo que não reflete o atual momento da tecnologia.

Todos os casos tratam da repartição de competências tributárias e arrecadatórias dos Estados e municípios acerca dos *softwares*. Atualmente, já se consolidou que os serviços de software são tributados pelo Imposto Sobre Serviços (ISS), de competência dos municípios. No âmbito da discussão está a chance de eles passarem a ser tributados pelo ICMS, que é de competência dos Estados.

De acordo com o advogado que representa a Associação Brasileira das Empresas de Software (ABES), Saul Tourinho Leal, seria grave a fixação do precedente fundamental tendo como base apenas a ADI 1.945, vez que o ICMS causa a chamada guerra fiscal em um ambiente complexo de tributação.

Estão mobilizadas contra a mudança na incidência do ICMS algumas entidades do setor, como a

Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (Brasscom), a Associação Brasileira de Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras (Abrasf) e a Confederação Nacional do Comércio (CNS) — todas são autoras de ações ou atuam como *amicus curiae* em processos sobre o tema.

Além dessas ações, também tramita na corte a ADI 5.576, de relatoria do ministro Roberto Barroso. Ajuizada pela CNS, a ação pede a declaração de inconstitucionalidade da incidência de ICMS sobre *software* e da Lei paulista 6.374/89 (SP) e outras.

A opinião de advogados é de que esta última ação seria a mais indicada para o caso de formação de precedentes. Ela é contemporânea, expõe a realidade tecnológica atual relativa aos *softwares* e sua bitributação pelos Estados. Além disso, por tratar do Estado de São Paulo, aborda o "mercado de software mais pujante do país", avaliam.

Jurisprudência atual

O Supremo tinha uma jurisprudência formada no sentido de que a base física que hospeda o software, quando vendida em escala, tornava-se tangível, ou seja, era considerada uma mercadoria e por isso sujeita à incidência de ICMS. A diferenciação é importante para entender que o software, por si só, é um serviço e por consequência seria tributado pelo ISS.

Como mostrou o advogado Celso de Barros Correia Neto em sua [coluna na ConJur](#), os precedentes do Supremo "são conhecidos, embora não ofereçam uma diretriz clara sobre a matéria". Ele seleciona três casos para mostrar como, em sua análise, a jurisprudência tangencia o tema. Um deles é a própria ADI 1.945.

Outro caso citado por ele foi o RE 176.626, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence. À época, em 1998, a 1ª Turma seguiu o voto do ministro e entendeu a impossibilidade de tributar o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador pelo Estado, mas admitiu a incidência do ICMS sobre "cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo".

Date Created

15/04/2020