

STF modula efeitos sobre tributação de operações de softwares

O Plenário do Supremo Tribunal Federal [concluiu](#), nesta quarta-feira (24/2), o julgamento que decidiu que incide ISS, e não ICMS, nas operações de softwares. Além disso, os ministros modularam os efeitos da decisão, que valerão a partir da publicação da ata do julgamento.

STF



Ministro Dias Toffoli estabeleceu oito hipóteses de modulação dos efeitos da decisão
STF

Prevaleceu, por maioria, a proposta de modulação dos efeitos apresentada pelo ministro Dias Toffoli, autor do voto condutor. O decano da corte, Marco Aurélio, ficou vencido. Toffoli estabeleceu oito hipóteses de modulação:

- 1) Contribuintes que recolheram somente o ICMS:** não terão direito à restituição do tributo. Municípios não poderão cobrar ISS, sob pena de bitributação;
- 2) Contribuintes que recolheram somente o ISS:** o pagamento será validado, e os estados não poderão cobrar ICMS;
- 3) Contribuintes que não recolheram nem ICMS nem ISS até a véspera da publicação da ata de julgamento:** haverá apenas a possibilidade de cobrança do ISS, respeitada a prescrição;
- 4) Contribuintes que recolheram ISS e ICMS, mas não moveram ação de repetição de indébito:** como é situação de bitributação, haverá a possibilidade de restituição do ICMS, mesmo sem ter ação em curso, sob pena de enriquecimento ilícito dos estados, e validade do recolhimento de ISS;
- 5) Ações judiciais pendentes de julgamento movidas por contribuintes contra estados, inclusive ações de repetição de indébito, nas quais se questiona a cobrança do ICMS:** tais processos deverão ser julgados com base no entendimento firmado pelo STF de que incide ISS, e não ICMS, em operações de softwares. Haverá a possibilidade de restituição ou liberação de valores depositados a título de ICMS;
- 6) Ações judiciais, inclusive execuções fiscais, pendentes de julgamento movidas por estados visando a cobrança do ICMS quanto a fatos ocorridos até a véspera da data de publicação da ata de julgamento:** tais processos deverão ser julgados com base no entendimento firmado pelo STF de que



incide ISS, e não ICMS, em operações de softwares;

7) Ações judiciais, inclusive execuções fiscais, pendentes de julgamento movidas por municípios visando a cobrança de ISS quanto a fatos ocorridos até a véspera da data de publicação da ata de julgamento: tais processos deverão ser julgados com base no entendimento firmado pelo STF pela cobrança de ISS, salvo se o contribuinte já tiver recolhido ICMS;

8) Ações judiciais pendentes de julgamento movidas por contribuintes contra municípios discutindo a incidência do ISS sobre operações de softwares até a véspera da data de publicação da ata de julgamento: tais processos deverão ser julgados com base no entendimento firmado pelo STF pela incidência de ISS, com ganho de causa para os municípios, inclusive com conversão em renda dos depósitos judiciais e penhora de bens e valores.

Voto condutor

O **voto condutor** é do ministro Dias Toffoli, relator de uma das ações que discutem o tema. "O simples fato de o serviço encontrar-se definido em lei complementar como tributável pelo ISS já atrairia, em tese, a incidência tão somente desse imposto sobre o valor total da operação e afastaria a do ICMS", afirmou.

De acordo com Toffoli, a sujeição das operações de transferência eletrônica de software à incidência do ICMS "ainda carece de análise" pelo Supremo, devido às particularidades das várias formas de transferência de programas de computador. Votaram da mesma forma os ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux.

Toffoli sugeriu ainda modular os efeitos da decisão a partir da data da publicação da ata do julgamento. Dessa maneira, os municípios ficariam proibidos de cobrar ISS de quem já pagou ICMS sobre operações de softwares, e os contribuintes não poderiam pedir ressarcimento.

O decano, ministro Marco Aurélio, também votou para afastar a incidência do ICMS nas operações, mas contra a modulação dos efeitos para evitar que se "aposte com a morosidade da Justiça". "Norma inconstitucional é norma natimorta", frisou.

Incidência do ICMS

A corrente contrária entendeu que deve incidir o ICMS. Votaram desta forma os ministros Luiz Edson Fachin, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Nunes Marques.

Fachin e Cármen Lúcia entenderam que os programas de computador são mercadorias, ainda que a circulação aconteça de forma digital e virtual. "Se antes programas de computador, quando produzidos em série e destinados à comercialização, deviam ser físicos, materializando-se o '*corpus mechanicum*' da criação intelectual, isso hoje não é mais necessário", ponderou Fachin.

Já Gilmar Mendes entendeu que nos casos de softwares que sejam desenvolvidos de forma personalizadas deve incidir o ISS. O ICMS, segundo o ministro, deve incidir sobre o software padronizado e comercializado em escala industrial.



"O STF reviu seu entendimento não apenas por uma necessidade de correção técnica, como também pela atualização/modernização das operações; hoje não há mais a circulação física de um software por meio de mídias e caixas de prateleiras. Ou seja, o software é comercializado via licença de uso (cessão), e, portanto, não há venda com transmissão de propriedade, eis o motivo pelo qual não pode haver a incidência do ICMS", explica **Sulamita Szpierzchowski Alayon**, especialista em Direito Tributário do Porto Advogados e juíza do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) do Estado de São Paulo.

"Resta aos contribuintes e aos Fiscos — Estaduais e Municipais — aguardarem por mais uma semana para terem a modulação dos efeitos dessa decisão, a fim de definir como ficarão as exigências fiscais em andamento e a possibilidade de se pleitear eventual restituição do tributo pago."

As ações

Uma das ações (ADI 1.945) foi ajuizada pelo MDB para questionar lei de Mato Grosso e está em [tramitação no Supremo desde 1999](#). A norma determina a incidência do ICMS nas operações de cópias ou exemplares dos programas de computador.

A outra ação (ADI 5.659) foi ajuizada pela Confederação Nacional de Serviços (CNS). Essa ADI, relatada por Toffoli, pediu a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 46.877/15, de Minas Gerais.

Clique [aqui](#) para ler o voto-vista de Toffoli

Clique [aqui](#) para ler o voto de relatoria de Toffoli

Clique [aqui](#) para ler o voto de Fachin

Clique [aqui](#) e [aqui](#) para ler os votos de Marco Aurélio

ADIs 1.945 e 5.659

Date Created

24/02/2021