

# ESTÁ CHEGANDO AO FIM O IMPASSE NA TRIBUTAÇÃO SOBRE SOFTWARES

## Novembro de 2020

Está em andamento no Supremo Tribunal Federal (STF) o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 1945 e 5659, no qual a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu a não incidência do ICMS nas operações com software. Apesar de ainda não ter sido encerrado o julgamento, sete ministros já proferiram votos favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivos legais que embasam o recolhimento do ICMS em operações com software.

O julgamento foi interrompido novamente na última quarta-feira (11), dessa vez por um pedido de vistas do Ministro Kassio Nunes Marques, e ainda não há data prevista para a sua continuação.

Veja abaixo um resumo dos principais pontos relacionados a este importante julgamento:

### / Histórico da discussão

Não é novidade que o avanço tecnológico e as mudanças por ele provocadas nas relações comerciais desafiam as regras tributárias brasileiras. As operações com software são um retrato deste desafio e, há muitos anos, estão no centro da “guerra fiscal” entre Estados e Municípios.

Essa discussão veio ganhando novos rumos ao longo dos anos, à medida que as operações com software foram mudando de formato. No passado, era mais fácil identificar um “software de prateleira”: padronizado e, geralmente, vendido por meio de um suporte físico em lojas de varejo.

Neste cenário, o STF decidiu pela primeira vez, em 1998, que é legítima a cobrança do ICMS sobre programas de computador “reproduzidos em grande escala e comercializados no varejo” (RE 176.626). A partir desta decisão e por muitos anos firmou-se o entendimento de que, para fins tributários, os “softwares de prateleira” caracterizam-se como mercadoria e, por isso, a sua venda seria tributada pelo ICMS.

Ocorre que o avanço tecnológico tornou quase extinta a venda de softwares por meio de suportes físicos. A transferência de programas de computador por download se tornou realidade e, mais uma vez, desafiou a interpretação da legislação tributária.

Nesse contexto, os tribunais brasileiros se dividem há anos entre os que defendem a incidência do ICMS mesmo que o software padronizado seja transferido por download, e aqueles que defendem a impossibilidade de cobrança do ICMS nessas operações. Entre os que entendem ser indevida a cobrança do ICMS, há aqueles que classificam a operação como prestação de serviço de licenciamento ou cessão de direito de uso de software, tributada pelo ISS, e aqueles que defendem que as operações com software não devem sujeitar-se ao ICMS, nem ao ISS.

Resultado dessa grande incerteza é que, atualmente, na mesma operação com software, não é raro que o contribuinte seja autuado pelo Estado por falta de pagamento do ICMS, mesmo quando recolhe regularmente ISS ao Município.

No Estado de São Paulo, por exemplo, a Decisão Normativa CAT 04/2017 determina que estão sujeitas ao ICMS as operações com softwares padronizados, mesmo que a sua transferência ocorra via download, sem suporte físico.

Inclusive, o Decreto Estadual nº 65.255, publicado no último mês, aumentou a carga tributária de ICMS nas operações com “softwares padronizados” em São Paulo, o que parece demonstrar que o imposto continuará sendo cobrado pelos Estados até que o STF considere tal cobrança inconstitucional.

É em razão do histórico acima exposto que os votos proferidos pela maioria dos ministros do STF representam um passo importante rumo ao fim da insegurança jurídica que envolve a tributação dessas operações no Brasil.

## **/ O julgamento**

Em abril deste ano, os Ministros Carmem Lúcia (relatora) e Edson Fachin proferiram voto no julgamento da ADI 1945, ajuizada no STF em 1999. Na oportunidade, entenderam pela improcedência da ação, ou seja, pela constitucionalidade da cobrança do ICMS nas operações com software. O julgamento foi interrompido por um pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli, relator da ADI 5659.

Por tratarem do mesmo tema, as ADIs 1945 e 5659 foram apregoadas para julgamento em conjunto, na sessão realizada no último dia 04. Na oportunidade, os Ministros Carmem Lúcia e Edson Fachin mantiveram o voto favorável à cobrança do ICMS nas operações com programas de computador, já o Ministro Dias Toffoli votou pela inconstitucionalidade da cobrança do ICMS, sob o argumento de que tais operações se caracterizam como uma prestação de serviço, tributada pelo ISS, independentemente das características do software (se padronizado ou customizado, licenciado por meio de download ou com suporte físico).

A divergência inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli foi acompanhada pelos Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski. Na mesma linha, o Ministro Marco Aurélio votou pela inconstitucionalidade da cobrança de ICMS nas operações com software, mas sob diferentes argumentos defendeu também a não incidência do ISS.

O julgamento foi interrompido por um pedido de vistas do Ministro Luiz Fux, que na última quarta-feira (11) uniu-se à maioria dos Ministros, apresentando voto favorável à incidência do ISS nas operações com software. Na mesma sessão, o julgamento foi novamente interrompido, por um pedido de vista do recém empossado Ministro Kassio Nunes Marques.

Apesar da maioria formada no que se refere à não incidência do ICMS nas operações com software, a modulação dos efeitos da decisão ainda poderá gerar discussão entre os Ministros.

Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli sugeriu a modulação dos efeitos da decisão, para que seja válida apenas a partir da conclusão do julgamento, tendo sido acompanhado por mais 4 ministros, porém, ressalve-se que a proposta de modulação precisa de oito votos favoráveis para ser aprovada.

Assim, caso acatada a sugestão, os contribuintes que porventura tenham recolhido ICMS aos Estados nas operações com software nos últimos cinco anos não terão o direito de reaver estes valores.

Continue acompanhando as publicações do Baptista Luz para ficar por dentro da conclusão deste importante julgamento.

A equipe Tributária do Baptista Luz Advogados permanece à disposição para os esclarecimentos necessários.



### **/ SÃO PAULO**

Rua Ramos Batista, 444 / 2º Andar  
Vila Olímpia / São Paulo / SP  
Tel +55 11 3040 7050

### **/ PORTO ALEGRE**

R. Carlos Trein Filho, 599 / 11º andar  
Auxiliadora / Porto Alegre / RS  
Tel +55 51 3207 9057

### **/ FLORIANÓPOLIS**

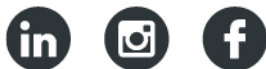
Rua Bento Gonçalves, 183 / Sala 1001  
Centro / Florianópolis / SC  
Tel +55 48 3225 6468

### **/ LONDRINA**

Rua Ayrton Senna da Silva, 300 / Sala nº 1801  
Gleba Palhano / Londrina / PR  
Tel +55 43 3367 7050

### **/ MIAMI**

1110 Brickell Ave / Ste 200  
Miami / FL 33131



[contato@baptistaluz.com.br](mailto:contato@baptistaluz.com.br)

[www.baptistaluz.com.br](http://www.baptistaluz.com.br)

