

Maioria do STF diz que não incide ICMS sobre operações de softwares

04/11/2020

O Supremo Tribunal Federal formou maioria nesta quarta-feira (4/11) para definir que não incide o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) nas operações de softwares. O julgamento foi suspenso por pedido de vista do presidente da Corte, ministro Luiz Fux, que informou que colocará o tema na pauta da próxima semana (11/11) — a sessão desta quinta será dedicada à [cerimônia de posse do novo ministro](#), Kassio Marques.

Fellipe Sampaio/SCO/STF



Cinco ministros acompanharam voto de Toffoli para afastar a incidência do ICMS
Fellipe Sampaio/STF

Prevalece até agora o voto do ministro Dias Toffoli, relator de uma das ações que discutem o tema. Para ele, deve incidir o Imposto Sobre Serviços (ISS) no licenciamento e na cessão de direito de uso dos programas de computador. "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.

Em extenso voto, defendeu que "a interpretação do texto constitucional não pode ficar alheia a essas novas realidades". O ministro lembrou que à época em que o ICMS foi idealizado não era comum o comércio eletrônico intenso como visto hoje, e citou exemplos como o comércio de e-books.

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.

O ministro sugeriu ainda modular os efeitos da decisão a partir da data da sessão em que se concluir o julgamento do mérito. Votaram da mesma forma os ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski.

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 e Gilmar Mendes.

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.

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.

O caso estava na pauta do Plenário virtual e foi suspenso por pedido de vista do ministro Dias Toffoli. Relatora, a ministra Cármen Lúcia votou para julgar improcedente o pedido — voto que já havia sido seguido pelo ministro Luiz Edson Fachin.

Nesta quarta, os ministros terminaram o julgamento desta ação e analisaram em conjunto a ação que foi ajuizada pela Confederação Nacional de Serviços (CNS). A ADI 5.659, 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

ADIs 1.945 e 5.659

**Notícia alterada às 10h19 do dia 5/11 para correções. Diferente do que foi informado, o STF formou maioria para afastar o ICMS e não pela incidência do ISS*

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-nov-04/maioria-stf-incide-iss-operacoes-softwares/>