

VOTO VOGAL

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela **Confederação Nacional de Serviços - CNS**, com pedido de medida cautelar, a questionar a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador.

Pugna-se por uma interpretação conforme a Constituição Federal de 1988 do Art. 2º da Lei Complementar 87/1996 e do Art. 1º da Lei do Estado de São Paulo 6.374/1989, bem como a declaração de inconstitucionalidade do Art. 3º, II, da Lei Estadual 8.198/1992 e dos Decretos 61.522/2015 e 61.791/2016, todos do Estado de São Paulo.

O eminente Relator, **Ministro Roberto Barroso**, em didático e atento voto, manifestou-se pelo conhecimento parcial da Ação, e na parte conhecida, pela sua procedência, *verbis*:

“20. Por todo o exposto, **conheço parcialmente** desta ação direta de inconstitucionalidade e, nessa parte, julgo o pedido **procedente**, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da Lei Complementar nº 87/1996 e ao art. 1º da Lei do Estado de São Paulo nº 6.374/1989, de modo a impedir a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador.

21. De maneira análoga ao decidido nas ADIs 1.945 e 5.659, proponho a modulação dos efeitos desta decisão, para atribuir eficácia *ex nunc*, a contar de 03.03.2021, data em que publicada a ata de julgamento das aludidas ações diretas de inconstitucionalidade, consagrando a modificação do entendimento desta Corte sobre o tema.

22. Ressalvo da modulação, porém, as seguintes situações: a) as ações judiciais já ajuizadas e ainda em curso em 02.03.2021; b) as hipóteses de bitributação relativas a fatos geradores ocorridos até 02.03.2021, nas quais será devida a restituição do ICMS recolhido, respeitado o prazo prescricional, independentemente da propositura de ação judicial até aquela data; c) as hipóteses relativas a fatos geradores ocorridos até 02.03.2021 em que não houve o recolhimento do ISS ou do ICMS, nas quais será devido o pagamento do imposto municipal, respeitados os prazos decadencial e prescricional.

23. Proponho, por fim, a fixação da seguinte tese de julgamento:
“É inconstitucional a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito *de uso de programas de computador*” .

24. É como voto.”

É breve o relatório.

Decido.

O Plenário deste Supremo Tribunal Federal concluiu recentemente o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.945 e 5.659, julgadas na sessão de 24.02.2021, em que firmado o entendimento segundo o qual as operações relativas a licenciamentos ou cessões do direito de uso de *software* , seja ele padronizado ou elaborado por encomenda, devem sofrer a incidência do ISS, e não do ICMS.

Penso oportuno apenas reafirmar minha posição divergente quanto ao mérito, registrada no voto conjunto por mim proferido nas mencionadas ADIs.

Em síntese, defendi a incidência do ISS sobre os *softwares* desenvolvidos de forma personalizada e de ICMS sobre *softwares* padronizados, isto é, comercializados em escala industrial e massificados, com respaldo em precedentes robustos desta Corte.

Reputo que os avanços tecnológicos recentes e sua repercussão na forma de disponibilização dos *softwares* aos consumidores (seja através de nuvem, seja na modalidade *software as a service – saas* , ou por meio de *downloads*, etc.) não alteraram as balizas anteriores da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou, igualmente, do Superior Tribunal de Justiça, que tinham na *customização* ou na *padronização* o ponto distintivo quanto à incidência tributária.

Não ignoro que a digitalização (ou virtualização) dessa disponibilização dos *softwares* moldou e direcionou o sentido do avanço tecnológico que se tem observado no plano fático entre as primeiras manifestações do STF na temática (em 1998 e 1999) e a mais recente manifestação de 2021.

Por outro lado, não se pode desprezar, penso eu, a dinamicidade da tecnologia. Não seria de todo impensável que, em futuro próximo, fatores afetos à segurança e à privacidade promovam um retorno à *mecanização* (de *corpus mechanicum*) na disponibilização dos *softwares* , quiçá a circular em mídias sequer inventadas ou difundidas no tempo presente.

Em definitiva, com as vênias de estilo, a mim parece que o critério da *personalização* ou da *padronização* continua sendo o mais apropriado fator de definição entre a incidência do ISS ou do ICMS, respectivamente.

Assim, em respeito à colegialidade, ressalvada minha posição particular sobre o tema, e por constatar que o eminente relator **Ministro Roberto Barroso** reproduziu com primor e fidedignidade as conclusões da ilustre maioria nas ADIs 1945 e 5659, não tenho dificuldade em acompanhar o voto de Sua Excelência.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 02/08/2017