



STF modula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da incidência do ICMS sobre operações com software

O Plenário do Supremo Tribunal Federal retomou hoje, 24.02.2021, a apreciação das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 1.945 e 5.659, nas quais o Tribunal decidiu, na semana passada, pela inconstitucionalidade da incidência do ICMS sobre operações com *software*, validando a incidência do ISS.

Em sessão especificamente instaurada para o debate quanto à modulação de efeitos da decisão, foi acolhida, por maioria, a detalhada proposição do Ministro Dias Toffoli, relator da ADI 5.659, no sentido de impossibilitar a repetição do indébito do ICMS em favor dos contribuintes que recolheram o imposto, vedando aos Municípios a cobrança do ISS sobre os mesmos fatos geradores, e impedir que os Estados cobrem o ICMS em relação aos fatos geradores ocorridos até a véspera da publicação da ata de julgamento de mérito, ressaltando-se ações judiciais em curso, inclusive repetições de indébito e execuções fiscais, em que se discuta a incidência do ICMS, e (b) as hipóteses de comprovada bitributação – ambas nas quais será admitida a repetição do indébito.

Diante da multiplicidade de possíveis situações fáticas envolvendo a tributação por cada um dos tributos, estabeleceu-se o seguinte quadro, no qual se definiu, para cada situação fática, uma solução distinta:

Situação fática	Solução proposta	Efeito prático
Contribuintes que recolheram somente o ICMS	Não haverá direito à repetição de indébito; impossibilidade de cobrança do ISS sob pena de bitributação	Evitar novas ações de repetição de indébito de ICMS e evitar ações de cobrança de ISS; evitar a tributação do contribuinte que já pagou

Contribuintes que recolheram somente o ISS	Confirmação da validade do pagamento do ISS; impossibilidade de cobrança do ICMS pelo Estado	Pacificar a incidência do ISS nas operações com <i>software</i> ; afastar a cobrança do ICMS pelos Estados
Contribuintes que não recolheram nem o ICMS nem o ISS	Possibilidade de cobrança apenas do ISS, respeitada a prescrição	Municípios poderão efetuar lançamentos no prazo prescricional; Estados não poderão lançar nem cobrar o ICMS
Contribuintes que recolheram o ICMS e o ISS, mas não ingressaram com ação de repetição de indébito (hipótese de bitributação)	Possibilidade de repetição do indébito do ICMS, mesmo nos casos em que não há ação judicial em curso; validade do recolhimento do ISS	Contribuintes poderão repetir o ICMS pago
Ações judiciais pendentes de julgamento movidas por contribuintes contra os Estados, inclusive de repetição de indébito	Julgamento da ação deve se dar à luz da orientação do STF; com incidência apenas do ISS; possibilidade de repetição do ICMS pago indevidamente.	Declaração de inexistência de relação jurídica, com possibilidade de levantamento de depósitos realizados e de repetição, caso o contribuinte já tenha recolhido o ICMS
Ações judiciais, inclusive Execuções Fiscais, propostas por Estados visando à cobrança do ICMS	Julgamento da ação deve se dar à luz da decisão do STF; com incidência apenas do ISS	Extinção das ações de cobrança, inclusive Execuções Fiscais, com possibilidade de levantamento de depósitos ou liberação de penhoras
Ações judiciais, inclusive Execuções Fiscais, pendentes de julgamento, propostas por Municípios para a cobrança do ISS	Julgamento da ação deve se dar à luz da orientação da Corte, com incidência do ISS, salvo se o contribuinte já recolheu o ICMS	Pacificar a incidência do ISS, com ganho de causa para o Município, salvo se o contribuinte já recolheu o ICMS
Ações judiciais movidas pelos contribuintes contra os Municípios, pendentes de julgamento, discutindo a incidência do ISS	Julgamento da ação deve se dar à luz da orientação da Corte, com incidência do ISS	Pacificar a incidência do ISS, com ganho de causa para o Município, inclusive conversão em renda dos depósitos judiciais ou liberação de penhoras

A ata de julgamento da sessão ocorrida em 18. 2.2021, na qual foi concluído o julgamento de mérito e funcionará como marco temporal da modulação de efeitos, ainda não foi publicada - o que deverá ocorrer nos próximos dias.

Fonte: Alerta - Pinheiro Neto 24.02.2021