

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR DIAS TOFFOLI,
PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF**

Processo:	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5659
Relator:	Ministro Dias Toffoli
Autora:	Confederação Nacional de Serviços - CNS
<i>Amica Curiae:</i>	Associação Brasileira das Empresas de Software - ABES

A EMPRESA BRASILEIRA DE EMPRESAS DE SOFTWARE - **ABES**, *Amica Curiae*, vem, por seu advogado, **PEDIR O ADIAMENTO** dos casos do pleno do dia **18/3** (quarta-feira): **(i) RE 688.223** (Min. Luiz Fux), **(ii) ADI 1945** (Min. Cármen Lúcia) e **(iv) ADI 5659** (Min. Dias Toffoli), nos termos seguintes.

1. O tema tratado nas ações pautadas para dia 18/3 no pleno do STF

1.1. As ações (RE 688.223 e ADIs 1945 e 5659), **à exceção da ADI 4623¹ (pautada para 18/3)**, tratam sobre repartição de competências tributárias e arrecadatórias dos entes federados – Estados e Municípios – quanto aos programas de computadores. Em resumo, sobre a possibilidade dos serviços de *software*, já tributados pelo ISS, de competência dos Municípios, também serem tributados pelo ICMS, de competência dos Estados. Eis:

✓ **RE 688.223** (Min. Luiz Fux), TIM Celular x Curitiba. **Tema 590**: ISS sobre contratos de licenciamento ou de cessão de *software* desenvolvido para clientes de forma personalizada.

¹ ADI 4623 (Min. Cármen Lúcia), da CNI, tem como *amici curiae* a ABRASCA. Questiona o art. 25, § 6º, da Lei nº 7.098/1998-MT. Cuida de diferenciação de créditos por alíquotas interna e interestadual de ICMS em razão de ser os bens destinados a uso, consumo ou ativo permanente e sobre a utilização de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente. A CNI alega: 1) violação aos arts. 19, III e 152, da CF, eis que o dispositivo atacado cria distinção tributária entre bens em razão de sua procedência; 2) violação ao art. 155, § 2º, I da CF, pois o dispositivo assegura o crédito do montante cobrado nas operações anteriores 'pelo mesmo ou outro Estado ou DF' ao passo que a norma atacada restringe o crédito em função de quem cobrou nas etapas anteriores, causando, assim, cumulatividade; 3) violação ao art. 155, § 2º, XII, c, da CF, que comete à lei complementar a disciplina do regime de compensação do imposto, matéria invadida pela norma estadual atacada, que ainda distingue em função da origem do bem.

✓ **ADI 1945** (Min. Cármen Lúcia), do PMDB. **Tema central:** inconstitucionalidade do inciso VI do art. 2º e do § 6º do art. 6º, por bitributação e invasão da competência municipal, dado que o Estado fez incidir o ICMS sobre operações com *software*, ainda que realizadas por transferência eletrônica de dados, operações já tributadas pelo ISSQN; e

✓ **ADI 5659** (Min. Dias Toffoli), da CNS. **Tema:** inconstitucionalidade do Decreto 46.877/2015-MG, e interpretação conforme do art. 5º da Lei nº 6.763/75; do art. 1º, I e II, do Decreto nº 43.080/2002, ambos de Minas Gerais; bem como do art. 2º da LC 87/96, “a fim de excluir das hipóteses de incidência do ICMS as operações com ‘software’”.

2. Do art. 126 do RISTF: processos conexos serão objeto de um julgamento

2.1. Tramita neste STF a **ADI 5576**, de relatoria do Min. Roberto Barroso, ajuizada pela CNS, requerendo a declaração de inconstitucionalidade da incidência de ICMS sobre *software*, e por conseguinte, do art. 3º, II, da Lei 8.198/92 e dos Decretos 61.522/15 e 61.791/16 do Estado de São Paulo, em razão da ofensa aos arts 146, III, 150, I, 155, II e 156, III, da Constituição e, ainda, interpretando-se conforme a Constituição o art. 2º da LC 87/96 e o art. 1º da Lei 6.374/89, do Estado de SP.

2.2. A ADI 5576 expõe a realidade do Estado de São Paulo, mercado de *software* mais pujante do país. É uma ação contemporânea e melhor retrata as novas questões relativas aos *softwares* e sua bitributação pelos Estados. Ajuizada pela CNS, e tendo como *amici* a Brasscom, a Abrasf e a ABES, a ADI 5576 traz uma realidade fático-jurídica que deveria ser contemplada na deliberação do STF.

2.3. O julgamento em conjunto de ações conexas é previsto no art. 126 do RISTF, segundo o qual “os processos conexos poderão ser objeto de um só julgamento”, e, ainda, em seu parágrafo único, “Se houver mais de um Relator, os relatórios serão feitos sucessivamente, antes do debate e julgamento”. A medida contribui para manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, nos termos do art. 926 do CPC.

2.4. Na ADI 5659, de relatoria de Vossa Excelência, pautada para 18/3, a Brasscom, *amica curiae*, formulou pedido de adiamento para que haja julgamento conjunto com a ADI 5958, por ela ajuizada, relatada pela Min. Cármen Lúcia, contra o Convênio ICMS 106/2017, que “disciplina os procedimentos de cobrança do ICMS incidente nas operações com bens e mercadorias digitais comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados e concede isenção nas saídas anteriores à saída destinada ao consumidor final”, e contra o art. 2º, I, da LC 87/96, que estabelece a circulação de mercadorias como hipótese de incidência do ICMS. Eis o pedido:

“Neste sentido, o ora Requerente, na qualidade de Amicus Curiae e com fundamento no § 3º do Art. 55 do Código de Processo Civil e nos artigos 126 e 127 do Regimento Interno desta Corte, requer que seja deferida a retirada de pauta da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, com o conseqüente deferimento do adiamento do julgamento do feito, de modo a possibilitar à Exma. Ministra Carmen Lucia, Relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.958, de autoria deste Amicus Curiae, trazê-la ao Plenário para o julgamento em conjunto com os demais feitos, ora pautados para julgamento na sessão do próximo dia 18 de março de 2020.”

2.5. Já no RE 688.223 (Tema 590), de relatoria do Min. Luiz Fux, a própria recorrente, Tim Celular S.A., formulou pedido de adiamento, nesses termos: “Diante do exposto, a Recorrente requer a V. Exa. Que o presente caso seja retirado de pauta para que seja julgado em sessão posterior ao julgamento das ADIs nº 1.945/MT, 5.659/MG, as quais devem ser julgadas em conjunto com a ADI nº 5.658/DF, que trata da incidência de ICMS sobre operações com bens e mercadorias digitais”.

2.6. Mesmo que não houvesse conexão entre o **RE 688.223** (Min. Luiz Fux), a **ADI 1945** (Min. Cármen Lúcia) e a **ADI 5659** (Min. Dias Toffoli) com a **ADI 5576** (Min. Roberto Barroso) a ensejar o julgamento conjunto dos casos, o CPC, em seu art. 55, §3º, estabelece que: “Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.”

2.7. Isso posto, a ABES pede o adiamento do pregão agendado para o dia 18/3.

3. *Diálogos Institucionais* como realização da previsão de harmonia entre os Poderes prevista no art. 2º da Constituição Federal

3.1. A presente discussão, além de passar pela própria conceituação de *software* e suas múltiplas consequências – não apenas tributárias – toca em pontos essenciais do “Estado Fiscal” que o Brasil tem pretendido erguer na Reforma Tributária.

3.2. Na Câmara dos Deputados², a Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2019 (PEC da Reforma Tributária), de autoria do deputado Baleia Rossi (MDB/SP), altera o Sistema Tributário Nacional e, nesse particular, tenta pôr fim à disputa por arrecadação entre Estados e Municípios, ao criar o IBS – Imposto sobre Bens e Serviços, medida que esvazia o objeto das ações aqui referidas, que consiste em definir a quem cabe a arrecadação decorrente da tributação dos *softwares*.

3.3. “A reforma tributária é a mais importante para o crescimento econômico e para destravar a economia do País. Defendo a simplificação do sistema tributário brasileiro, que atualmente é confuso e com excessivas leis. Essa reforma, ao simplificar o sistema, vai diminuir o desequilíbrio existente hoje. A sociedade continua pagando muitos impostos, e os serviços públicos continuam piorando. Isso precisa mudar”³, afirmou o presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, demonstrando, uma vez mais, que a Reforma Tributária ganha pleno curso.

3.4. No Senado Federal, a Proposta de Emenda à Constituição nº 110/2019 (PEC da Reforma Tributária), de relatoria do Senador Roberto Rocha (PSDB/MA), que altera o Sistema Tributário Nacional e, nesse particular, também tenta pôr termo aos conflitos federativos por arrecadação entre Estados e Municípios, ao criar o IBS.

² Tramita também na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição nº 128/2019, de autoria do Senador Luís Miranda (DEM/DF).

³Em:<https://www.camara.leg.br/noticias/629988-rodrigo-maia-defende-reformas-tributaria-e-administrativa/>

3.5. Recentemente, a secretária-executiva do grupo da reforma tributária do Ministério da Economia, a professora da Fundação Getúlio Vargas, Vanessa Canado, realçou a necessidade de o Brasil ter cautela quanto à definição da tributação dos chamados “bens digitais”, sendo preferível aguardar que o Congresso Nacional encontre o caminho possível por meio da Reforma Tributária.⁴

3.6. Vale dizer que já foi constituída a Comissão Mista Temporária da Reforma Tributária, no âmbito do Congresso Nacional, com membros designados, trabalhos iniciados e na iminência de aprovar o plano de trabalho do relator, deputado Aguinaldo Ribeiro (PP/PB), numa rara janela de oportunidade aberta ao Brasil.⁵

3.7. Assim, a ABES, desonerando-se do seu grave dever de municiar a Suprema Corte de elementos informativos relevantes, pede, num ato de deferência à Constituição e a sua guarda realizada pelo STF, que o julgamento conjunto agendado para a data do dia 18/3 (quarta-feira), seja adiado, mantendo-se aberto os canais de discussão política no Congresso Nacional para a solução da controvérsia.

3.8. Esse pedido se soma ao pedido formulado pela Brasscom nos autos da ADI 5659, de relatoria de Vossa Excelência, e pela Tim Celular S.A., recorrente no RE 688.223 (Tema 590), de relatoria do Min. Luiz Fux, além de pedido ulterior a ser feito nos autos da ADI 1945 (Min. Cármen Lúcia), que são os casos pautados sobre o tema.

4. A Jurisprudência do STF na construção de *Diálogos Institucionais*

4.1. A prática dos *Diálogos Institucionais* como realização do art. 2º da Constituição (harmonia entre os Poderes) encontra amparo na jurisprudência do STF.

4.2. Na ADI 5244, Vossa Excelência registrou a petição (nº 11.703/17) do Solidarietà e do Estado de Pernambuco, requerendo o sobrestamento da ação – ao

⁴ Reuters, Notícias de Negócios: 14 de janeiro de 2020. Entrevista: “Brasil pode esperar para tributar serviços digitais”, diz secretária. Por Marcela Ayres. Em: <https://br.reuters.com/article/idBRKBN1ZD1K8-OBRBS>

⁵ Em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/10/adiada-para-esta-quarta-reuniao-da-comissao-da-reforma-tributaria>

tempo pautada para dia 23/3/2017 -, “diante do compromisso de apreciação, em regime de urgência, do Projeto de Lei Complementar n. 54 pela Câmara dos Deputados (doc. Anexo) e grande possibilidade de sua aprovação iminente, o que poderá impactar no objeto da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade”.

4.3. Vossa Excelência anotou que “pedido semelhante foi formulado no âmbito da ADI nº 2.441/GO, razão pela qual o exame daquela ação direta foi adiado por indicação da Relatora a Ministra Rosa Weber”. Então, decidi: “Ante o exposto, indico o adiamento do julgamento da presente ação direta”.

4.4. A referida ADI 2441 contou com a seguinte explicação da Min. Rosa Weber:

“OS GOVERNADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO e DO ESTADO DE GOIÁS, vêm, respeitosamente, perante Vossa Excelência, tendo em vista que a ação em epígrafe consta da pauta de julgamentos da sessão do Pleno de 8 de março de 2017, requerer conjuntamente o sobrestamento do julgamento designado, diante do compromisso de apreciação, em regime de urgência, do Projeto de Lei Complementar n. 54 pela Câmara dos Deputados (DOC.01) e grande possibilidade de sua aprovação iminente, uma vez que já aprovado perante o Senado Federal, o que poderá implicar prejuízo na apreciação dos argumentos postos nesta ação.”

4.5. Registre-se que a Min. Rosa Weber também indicou adiamento, pelas mesmas razões, do julgamento da ADI 5224.⁶

4.6. Noutra oportunidade, na ADI 4917, foi a vez de a Min. Cármen Lúcia, por despacho, fazer o seguinte registro:

“(…) 4. Em 9.10.2019, pela Petição n. 62.786/2019, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, em petição assinada também por outros seis eminentes Governadores de Estado, apresenta requerimento de suspensão do curso da

⁶ “Decisão: Adiado o julgamento por indicação da Relatora. Ausentes, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes, e, nesta assentada, os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente) e Celso de Mello. Presidência da Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 31.08.2016”.

presente ação direta de inconstitucionalidade pelo prazo de seis meses, ‘com vistas à proposição de uma audiência de conciliação entre os Estados e o Distrito Federal, no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, conciliação esta estimulada pelo atual Código de Processo Civil, na forma do seu art. 3º, parágrafos 2º e 3º, e art. 139, inciso V’. Assevera que ‘este eg. Supremo tem reiteradamente buscado soluções consensuais entre os entes federados, em inúmeras ações de competência originária deste Tribunal, buscando sempre a salvaguarda do pacto federativo constitucionalmente protegido’. Como assinalado, a petição vem assinada também por eminentes Governadores de outros seis Estados da Federação, em demonstração do interesse de todos de conduzir o tema a um reexame antes da decisão definitiva do tema por este Supremo Tribunal Federal, no qual a análise da matéria é sobre a norma e exclusivamente jurídico.”

4.7. A Min. Cármen Lúcia anotou então o seguinte:

“5. Em 15.10.2019, o Governador de São Paulo, autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.920, requereu, naqueles autos, a retirada de pauta das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038, todas formuladas pelas alterações promovidas pela Lei n. 12.734/2012 para tomada de novas providências que poderiam ser adotadas antes de se ter aquele julgamento. Argumenta o Autor daquela ação que ‘as ações em referência consubstanciam litígio federativo de especial magnitude – senão o de maior relevância em trâmite nesta E. Corte –, envolvendo questão da repartição de receitas decorrentes da exploração de petróleo e gás entre os entes da Federação brasileira. A solução a ser dada ao tema por esta E. Corte é de tamanha importância que tem aptidão para afetar inclusive a viabilidade financeira dos Estados e Municípios’. Assinala ser ‘de conhecimento geral que está em curso no país uma agenda de amplas reformas políticas, sendo uma delas a de remodelação do pacto federativo nacional’ e que ‘o debate em curso sobre a reforma do sistema federativo brasileiro tem como foco a reestruturação financeira dos Estados e Municípios, envolvendo medidas em múltiplas vertentes, mas a principal delas direcionada ao rearranjo do modelo de repartição de recursos entre os diversos entes da Federação, com ênfase na descentralização de verbas do Poder central para Estados e Municípios’. Em sua petição, menciona também o Governador de São Paulo a existência de ‘proposta em trâmite no Congresso de

divisão entre Estados e Municípios das receitas da exploração do petróleo no pré-sal que atualmente são destinadas ao Fundo Social controlado pela União, nos termos da Lei nº 12.351/10, que é objeto da ADI nº 4.916⁷. Pondera a necessidade da suspensão do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038, pois ‘o cenário ilustrado revela que o momento atual é de intensa movimentação política e jurídica quanto ao assunto da reforma do pacto federativo brasileiro, especialmente no tocante à reestruturação da divisão de recursos financeiros entre os entes federados, com destaque para a repartição de receitas decorrentes da exploração de petróleo’.

4.8. Decidindo, a Ministra pontuou: “O princípio da segurança jurídica recomenda que se aguardem as tratativas voltadas à solução consensual entre os entes federados e a possível reordenação política de distribuição de receitas advindas da exploração de petróleo no País, respeitada a organicidade constitucional vigente”.

4.9. Sua Excelência deferiu o pleito e encaminhou a Vossa Excelência, presidente do STF, o pedido de retirada daquelas ações.

4.10. A Suprema Corte, portanto, tem construído uma postura que vitaliza a harmonia entre os Poderes prevista no art. 2º da Constituição ao realizar *Diálogos Institucionais* com o Poder Legislativo sempre que o universo do Direito se intercambia com o da Política e, por tal razão, reclama da Corte temperança e comedimento.

5. Do Pedido

5.1. A ABES, honrando o *princípio da cooperação processual* (art. 6º do CPC)⁷ e pensando no país – que necessita de segurança jurídica e funcionalidade sistêmica – em que pese entenda ser inconstitucional a tributação do *software* pelo ICMS, **PEDE o adiamento do pregão do pleno do dia 18/3 (quarta-feira)**, constituído por essas

⁷ CPC, art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

ações: **(i) RE 688.223** (Min. Luiz Fux), **(ii) ADI 1945** (Min. Cármen Lúcia), **(iii) e ADI 5659** (Min. Dias Toffoli).

5.2. Não obstante a ADI 4623 (Min. Cármen Lúcia) esteja apensada aos autos da ADI 1945 (Min. Cármen Lúcia), a ABES não possui qualquer objeção quanto ao prosseguimento do julgamento da aludida ADI 4623.

Brasília, 10 de março de 2020.



Saul Tourinho Leal

OAB/DF 22.941