

Ementa

ICMS – Operações com softwares – ADIs 1.945 e 5.659.

I. As operações que envolvam o licenciamento ou a cessão de direito de uso de programas de computador (software) não estão sujeitas à incidência do ICMS (decisão do STF nas ADIs 1.945 e 5.659).

Relato

1. A Consulente, que tem como atividade principal a de comércio atacadista de máquinas e equipamentos para uso industrial; partes e peças (CNAE 46.63-0/00), relata que comercializa licenças de softwares adquiridas no mercado externo. Menciona que o Supremo Tribunal Federal decidiu em 18/02/2021, por maioria de votos, que as operações de licenciamento ou cessão de direito de uso de software estão sujeitas à incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), excluindo, assim, da incidência do ICMS, tais operações.

2. Nessa situação, indaga se a empresa pode deixar de recolher o ICMS nas operações de venda de licença de software de prateleira, adquirida no mercado externo via *download*.

Interpretação

3. Inicialmente, observe-se que, em julgamento ocorrido em 18/02/2021, o Superior Tribunal Federal (STF), apresentou um novo posicionamento em relação à tributação de software e excluiu a incidência do ICMS sobre operações que envolvam o licenciamento ou a cessão de direito de uso de programas de computador, decidindo, por maioria, que nessas operações incide apenas o ISSQN. A questão foi discutida no julgamento conjunto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 5.659/MG e 1.945/MT).

4. Sendo assim, essa decisão traz novo entendimento sobre a matéria. Até então, na tributação de software, tínhamos as seguintes hipóteses: sobre o desenvolvimento de softwares feitos sob encomenda (personalizados) havia incidência do ISSQN; já sobre operações de circulação dos chamados softwares de "prateleira" (padronizados e vendidos em grande escala), a incidência era do ICMS.

5. Na sessão de julgamento conjunto das ADIs 5.659 e 1.945, o STF reviu seu entendimento e decidiu pela incidência do ISSQN nas operações de licenciamento ou cessão de direito de uso de software. Os ministros entenderam que o software padronizado, em qualquer de suas formas de disponibilização, inclusive física, não poderia ser tributado pelo ICMS, pois, por mais que seja legítima a incidência do ICMS sobre bens incorpóreos ou imateriais, seria indispensável, para que ocorra o fato gerador do ICMS, a transferência de propriedade do bem, o que não ocorre nas operações com software. Os ministros ressaltaram, também, o fato de que o legislador decidiu por incluir as operações havidas com software na seara do ISSQN, estando tal fato evidenciado pelo subitem 1.05, da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, que prevê a incidência do ISSQN às atividades de licenciamento ou a cessão de direito de uso de programas de computador. ^

6. Registre-se que os efeitos da decisão das ADIs 5.659/MG e 1.945/MT foram modulados, a contar da publicação da ata de julgamento do mérito em questão, atribuindo eficácia ex nunc para: "a) impossibilitar a repetição de indébito do ICMS incidente sobre operações com softwares em favor de quem recolheu esse imposto, até a véspera da data da publicação da ata de julgamento do mérito, vedando, nesse caso, que os municípios cobrem o ISS em relação aos mesmos fatos geradores; b) impedir que os estados cobrem o ICMS em relação aos fatos geradores ocorridos até a véspera da data da publicação da ata de julgamento do mérito. Ficam ressalvadas (i) as ações judiciais em curso, inclusive de repetição de indébito e execuções fiscais em que se discutam a incidência do ICMS e (ii) as hipóteses de comprovada bitributação, caso em que o contribuinte terá direito à repetição do indébito do ICMS. Por sua vez, incide o ISS no caso de não recolhimento do ICMS ou do ISS em relação aos fatos geradores ocorridos até a véspera da data da publicação da ata de julgamento do mérito, nos termos do voto do Relator (...)".

7. Por todo o exposto, respondendo ao questionamento da Consulente, não incide o ICMS nas operações que envolvam o licenciamento ou a cessão de direito de uso de programas de computador (software). Assim, dúvidas relacionadas ao ISSQN e ao cumprimento das respectivas obrigações acessórias devem ser direcionadas ao fisco do Município competente.

A Resposta à Consulta Tributária aproveita ao consulente nos termos da legislação vigente. Deve-se atentar para eventuais alterações da legislação tributária.