

**BOLETIM INFORMATIVO**

**DA INCIDÊNCIA DO ISSQN E DA EXCLUSÃO DO ICMS SOBRE TRIBUTAÇÃO DE SOFTWARE**

O Supremo Tribunal Federal julgou a ADIs 1945 e 5659 afastando a incidência de ICMS sobre a tributação no software e reconhecendo a incidência do ISSQN.

O tribunal ao distinguir o software de prateleira (padronizado) do de encomenda (personalizado), entendeu que tal diferença não seria mais suficiente para a definição da competência para tributação dos negócios jurídicos que envolvam programas de computador em suas diversas modalidades, reconhecendo que o que deve ser levado em consideração é a relevância do trabalho humano desenvolvido. Afinal quando uma pessoa ou empresa compra um software, e este programa é constantemente atualizado, tem serviços de manutenção e de ajuda ao usuário, não é mais uma mercadoria, e sim um serviço, não importando se é um software personalizado ou padronizado.

Quando do julgamento ressaltou-se ainda que a teor da Lei 9.609/98, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador e sua comercialização no país, confere à propriedade intelectual de programa de computador o mesmo regime de proteção outorgado às obras literárias pela legislação de direitos autorais, de forma que o "o uso de programa de computador no país será objeto de contrato de licença" (art. 9º).

Asseverou-se ainda que o "software é criação intelectual, produto do engenho humano, revelando imprescindível esforço com a finalidade de desenvolvê-lo. Ao ser disponibilizado, não pressupõe transferência de propriedade, mostrando-se impróprio tomá-lo como mercadoria".

Assim, no dia 24/02/2021, afastou-se a incidência do ICMS e modulou-se os efeitos do conteúdo decisório nas ADI's em oito hipóteses:

- i. Contribuintes que recolheram somente o ICMS não terão direito à restituição do tributo e os Municípios não poderão cobrar ISS, sob pena de bitributação;
- ii. Contribuintes que recolheram somente o ISS o pagamento será validado, e os estados não poderão cobrar ICMS;
- iii. Contribuintes que não recolheram nem ICMS nem ISS até a véspera da publicação da ata de julgamento (20/05/2021) poderá haver a possibilidade de cobrança do ISS, respeitada a prescrição;
- iv. Contribuintes que recolheram ISS e ICMS, mas não moveram ação de repetição de indébito, por tratar-se de situação de bitributação, poderão requerer a restituição do ICMS, mesmo sem ter ação em curso, sob pena de enriquecimento ilícito dos estados, e validade do recolhimento de ISS;
- v. Ações judiciais pendentes de julgamento movidas por contribuintes contra estados, inclusive ações de repetição de indébito, nas quais se questiona a cobrança do ICMS deverão ser julgadas com base no entendimento firmado pelo STF de que incide ISS, e não ICMS, em operações de softwares. E conseqüentemente haverá a possibilidade de restituição ou liberação de valores depositados a título de ICMS;
- vi. Ações judiciais, inclusive execuções fiscais, pendentes de julgamento movidas por estados visando a cobrança do ICMS quanto a fatos ocorridos até a véspera da data de publicação da ata de julgamento deverão ser julgados com base no entendimento firmado pelo STF de que incide ISS, e não ICMS, em operações de softwares;
- vii. Ações judiciais, inclusive execuções fiscais, pendentes de julgamento movidas por municípios visando a cobrança de ISS quanto a fatos ocorridos até a véspera da data de publicação da ata de julgamento tais processos deverão ser julgados com base no entendimento firmado pelo STF pela cobrança de ISS, salvo se o contribuinte já tiver recolhido ICMS;

viii. Ações judiciais pendentes de julgamento movidas por contribuintes contra municípios discutindo a incidência do ISS sobre operações de softwares até a véspera da data de publicação da ata de julgamento tais processos deverão ser julgados com base no entendimento firmado pelo STF pela incidência de ISS, com ganho de causa para os municípios, inclusive com conversão em renda dos depósitos judiciais e penhora de bens e valores.

A maioria das empresas já recolhem o ISSQN sobre o licenciamento de softwares, mas há companhias que recolhem o ICMS e companhias que pagam os dois tributos.

A referida decisão tem grande importância visto que a necessidade de recolhimento do ICMS ou do ISS resulta em uma grande diferença de alíquotas. No caso do ISS os municípios podem cobrar de 2% a 5%, sendo que o estado de São Paulo cobra 2,9% do imposto no licenciamento de softwares. E no caso do ICMS, as alíquotas podem chegar a 18%, em caso de operações interestaduais.

Assim cabe aos contribuintes que recolheram ISS e ICMS, mas não moveram ação de repetição de indébito, face a reconhecida bitributação, requerer a restituição do ICMS, mesmo sem ter ação em curso, sob pena de enriquecimento ilícito dos estados perante o judiciário e assim fazer prevalecer seus direitos.

**PALAZZI E FRANCESCHINI SOCIEDADE DE ADVOGADOS**

Rua Líbero Badaró nº 293, cj. 26-C – Centro

São Paulo / SP - CEP. 01009-000

Tel.: (11) 3113-5100

[palazzi@palazzi.com.br](mailto:palazzi@palazzi.com.br)

[www.palazzi.com.br](http://www.palazzi.com.br)

---

*Sujeito a privilégio legal de comunicação advogado - cliente.*

*Privileged and confidential attorney - client communication.*

*Imprima somente o necessário - Print only the necessary*

***Este Boletim tem caráter meramente informativo, eletronicamente dirigido aos clientes e amigos, com o intuito de mantê-los informados sobre o escritório e matérias relevantes, e não deve ser utilizado para a tomada de decisões. Para mais informações, entre em contato com nossos advogados.***



@palazziadv