

INFORMATIVO

ARM

MENTORIA JURÍDICA

# STF REAFIRMA ENTENDIMENTO E IMPEDE ICMS SOBRE OPERAÇÕES COM SOFTWARES

Em julgamento virtual, ao analisar ação contra leis de SP, o plenário do STF decidiu que é inconstitucional a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador. Os ministros reafirmaram o entendimento firmado nas ADIns 1.945 e 5.659, que fixaram o ISS sobre o direito de uso de software.

26 DE ABRIL

ARM







## STF REAFIRMA ENTENDIMENTO E IMPEDE ICMS SOBRE OPERAÇÕES COM SOFTWARES

Em julgamento virtual, ao analisar ação contra leis de SP, o plenário do STF decidiu que é inconstitucional a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador. Os ministros reafirmaram o entendimento firmado nas ADIns 1.945 e 5.659, que fixaram o ISS sobre o direito de uso de software.

### A ação

A ADIn foi proposta pela CNS - Confederação Nacional de Serviços em face de leis do Estado de SP que instituem a incidência do ICMS sobre operações com programas de computador. Para a confederação, ao exigir o ICMS sobre as operações com softwares as leis incorrem em bitributação, criando nova hipótese de incidência do imposto.

A CNS explicou que as operações com programas de computador jamais poderiam ser tributadas pelo ICMS, por já estarem arroladas no âmbito de incidência do ISS, conforme define a LC 116/03.

### Voto do relator

Ministro Luís Roberto Barroso, relator, votou por conhecer parcialmente da ação e, na parte conhecida, julgou o pedido procedente para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da LC 87/96 e ao art. 1º da lei do Estado de SP 6.374/89, de modo a impedir a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador.

### Eis a tese de julgamento sugerida:

"É inconstitucional a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador."

Em seu voto, o relator citou o julgamento das ADIns 1.945 e 5.659, no qual o plenário entendeu que as operações relativas ao licenciamento ou cessão do direito de uso de software, seja ele padronizado ou elaborado por encomenda, devem sofrer a incidência do ISS, e não do ICMS.

"Com isso, nos termos do entendimento atual desta Corte, essas operações não são passíveis de tributação pelo ICMS, independentemente do meio de disponibilização do programa. Dessa forma, deve ser feita a interpretação conforme a Constituição das normas ora impugnadas para afastar a cobrança do ICMS nos casos de licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador."



Barroso propôs a modulação dos efeitos da decisão para atribuir eficácia ex nunc, a contar de 3/3/21, data em que foi publicada a ata de julgamento das aludidas ADIns. O ministro, porém, fez algumas ressalvas:

- 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.

Antes de se aposentar, Marco Aurélio depositou o seu voto no plenário virtual e divergiu do relator no tocante à modulação dos efeitos.

Barroso foi acompanhado por Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Rosa Weber, Edson Fachin, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski. Gilmar Mendes acompanhou o relator com ressalvas, apenas para reafirmar sua posição divergente quanto ao mérito, registrada no voto conjunto proferido nas mencionadas ADIns.

Na ocasião, Gilmar entendeu pela incidência do ISS sobre softwares desenvolvidos de forma personalizada e pela do ICMS sobre software padronizado, comercializado em escala industrial.

Fonte: <https://www.migalhas.com.br/quentes/349530/stf-reafirma-entendimento-e-impede-icms-sobre-operacoes-com-softwares>