

ISS x ICMS – Licenciamento/Cessão de Uso de Programas de Computador – Incidência do ISS - Irrelevância do Meio Utilizado

Duas Ações diretas de inconstitucionalidade que tinham praticamente o mesmo propósito foram julgadas a favor dos Municípios. No centro da controvérsia das ADI's 1.945/MT e 5.659/MG estava a exigência de ICMS sobre operações com programas de computador (software).

O Estados do Mato Grosso e de Minas Gerais foram instados a defenderem dispositivos de leis e regulamentos estaduais, os quais orientavam sobre a incidência do ICMS na saída ou fornecimento de programas de computador, por meio de suporte físico ou transferência eletrônica.

Os votos dos Ministros evidenciaram uma mudança de rumo, revertendo a favor os Municípios uma dinâmica tributária que, até então, parecia resolvida: programas de computador padronizados estavam no campo de incidência do ICMS e programas de computador realizados por encomenda ficavam no campo de incidência do ISS. No julgamento das ADI's 1.945/MT e 5.659/MG os Ministros concluíram, por maioria, que os Estados não tinham competência residual para a exigência do ICMS.

Assim, ficou decidido que operações de licenciamento/cessão de uso programas de computador (software) padronizados, customizados ou por encomenda, disponibilizadas por qualquer meio, estão circunscritas no campo de incidência do ISS e nenhum outro.

Contudo, o Supremo não se restringiu a apenas proferir a decisão sobre as ADI's; de olho nos efeitos que uma decisão desta magnitude poderia representar para os contribuintes do ICMS e do ISS, em especial aqueles que haviam pagos os tributos sob a ótica das decisões anteriores, os Ministros decidiram modular os efeitos da decisão, com o seguinte teor:

- a) *Quem recolheu o ICMS até 01/03/2021(*) fica impedido de requerer a restituição do ICMS sobre operações com software;*
- b) *Os municípios ficam impedidos de exigir o ISS sobre estas mesmas de 01/03/2021 (*);*
- c) *Caso seja comprovada bitributação, o Estado deverá ser acionado para a restituição do ICMS;*
- d) *Não tendo sido efetuado recolhimentos sobre estas operações até 01/03/2021 (*), o ente competente para exigí-lo é o Município e o imposto a ser recolhido é o ISS;*
- e) *As ações judiciais em curso, inclusive de repetição de indébito, e execuções fiscais serão decididas à luz da orientação do STF nas ADI's julgadas pela Corte.*

() Ata de Julgamento Publicada, DJE - ATA Nº 4, de 24/02/2021. DJE nº 39, divulgado em 02/03/2021*