

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, segundo consulta ao Cadastro de Contribuintes de ICMS do Estado de São Paulo (CADESP), é optante pelo Regime Simplificado de Tributação (Simples Nacional) e tem como atividade principal o “comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática”, de código 47.51-2/01 na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), informa que comercializa programas não customizados de proteção ao computador que detectam e eliminam os vírus (antivírus para computadores).

2. Relata que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.945 e da ADI 5.659, excluindo a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou a cessão de direito de uso de programas de computador (*software*), incidindo, nessas operações, o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN). Assim, independentemente da finalidade da utilização do *software* físico ou virtual, sendo este confeccionado com características específicas para um determinado cliente ou não, sofreria a incidência somente do ISSQN, diferentemente do entendimento que vinha sendo adotado pela Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo, de que, quando esses programas não são customizados, são tributados pelo ICMS, conforme Decisão Normativa CAT 4/2017.

3. Diante do exposto, questiona como deve proceder na venda de seus programas antivírus para computador, se deve continuar a emitir a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) ou passar a emitir a Nota Fiscal de Serviços Eletrônica (NFS-e).

Interpretação

4. Inicialmente, observe-se que, em julgamento ocorrido em 18/02/2021, o Superior Tribunal Federal (STF), apresentou um novo posicionamento em relação a 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).

5. 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. ^

6. Na sessão de julgamento conjunto das ADIs 5.659 e 1.945, o STF reviu o 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.

7. 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 (...)"

8. Por todo o exposto, respondendo ao questionamento da Consulente, não incide o ICMS nas suas operações com programas antivírus para computador por meio de licenciamento ou da cessão de direito de uso, ainda que se trate de *software* padronizado. 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.