

# INFORMATIVO TRIBUTÁRIO

Ano 2021 - Nº 150

*É com enorme satisfação que apresentamos nosso Informativo, com notícias e informações importantes da área tributária. Esta edição traz conteúdo sobre a modificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da incidência de ISS sobre operações de aquisição de softwares, sejam eles adquiridos no varejo ou por encomenda.*

*Desejamos a todos, uma boa leitura.*

## **SUPREMO DECIDE QUE TRIBUTAÇÃO DE SOFTWARES DEVE SE DAR PELO ISS E NÃO PELO ICMS**

O Supremo Tribunal Federal consolidou no dia 18 de fevereiro de 2021, em sede de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1945 e 5659, por 6 votos a 5, o entendimento pela incidência de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) nas operações de aquisição de softwares, sejam eles adquiridos no varejo ou por encomenda.

A decisão muda o entendimento do Tribunal, que, até então, dividia a questão da seguinte forma: software de prateleira (comercializado no varejo) e software por encomenda (personalizado). No primeiro incidia ICMS, já no segundo ISS (RE 176.626-3/SP).

O voto do Ministro Dias Toffoli norteou a corrente vencedora, dispondo que as atualizações, manutenção e ajuda ao usuário descaracterizam a figura de mera mercadoria, estando muito mais próximas da prestação de serviço, sendo irrelevante se o software foi adquirido por encomenda ou no varejo.

A consolidação do posicionamento proporciona economia de tributos ao setor de tecnologia, isto porque, o teto da alíquota de ISS é de 5%, ao passo que a de ICMS é 18%, bem como cumpre com o que consta na Lei Complementar nº 116/2003, que colocou o licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de

computação em sua lista anexa (item 1.05).

O Supremo decidiu, também, pela modulação dos efeitos da decisão, o que resultou na elaboração de oito soluções para aplicação do entendimento, sendo elas:

I- As empresas que pagaram ICMS não poderão pedir restituição aos Estados, bem como os Municípios não poderão cobrar ISS;

II - As empresas que pagaram ISS terão os pagamentos validados e não poderão ser cobradas pelos Estados;

III - As empresas que não pagaram ICMS e ISS ficarão sujeitas às cobranças dos Municípios, sendo respeitado o prazo prescricional de cinco anos;

IV - As empresas que pagaram ICMS e ISS poderão pedir restituição dos valores de ICMS aos Estados;

V - As empresas que possuem ações judiciais em andamento, cujo pleito seja o reconhecimento pela não incidência de ICMS, o novo entendimento do STF deverá ser observado pelos magistrados e os valores depositados judicialmente

pelos contribuintes poderão ser levantados;

VI - Ações judiciais movidas pelos Estados contra os contribuintes que não recolheram o ICMS deverão ser julgadas improcedentes com base no novo entendimento do STF;

VII - Ações judiciais movidas pelos Municípios em face dos contribuintes que não recolheram ISS deverão ser julgadas procedentes, porém, caso o contribuinte tenha pago ICMS, o Município não terá direito aos créditos de ISS;

VIII - Ações judiciais movidas pelos contribuintes contra os Municípios para discutir a incidência de ISS serão julgadas improcedentes com base no novo entendimento do STF.

O elevado número de soluções elaboradas pelo STF almeja obliterar o surgimento de novas discussões envolvendo o tema e, conseqüentemente, obstar a aplicação do entendimento.

---

*Nosso escritório se coloca à disposição para maiores esclarecimentos sobre os assuntos aqui disponibilizados.*

Equipe responsável:

Henrique Mello  
henrique@hmlaw.com.br

Marcelo Signorini  
marcelo@hmlaw.com.br

Roberta França Porto  
roberta@hmlaw.com.br

Ramiz Sabbag Junior  
ramiz@hmlaw.com.br

Gabriel Costa  
gabriel@hmlaw.com.br

João Olmos  
joao@hmlaw.com.br

Natália Quinalha  
natalia@hmlaw.com.br

Gabriela Paixão  
gabriela@hmlaw.com.br

Rua Doutor Raul Silva, 1083, Nova  
Redentora, CEP 15090-035, São José do  
Rio Preto - SP - Brasil.  
Fone: +55 (17) 3234-3837  
e-mail: contato@hmlaw.com.br