

STF DECIDE PELO ISS (NÃO O ICMS) NA TRIBUTAÇÃO DE SOFTWARES

No dia 18/02, o plenário do STF decidiu, por maioria, que incide ISS sobre o licenciamento ou a cessão de direito de uso de programas de computador (software), ao invés do ICMS. Conforme esse julgamento, o imposto municipal incide seja o programa de “prateleira” - quando comercializado no varejo - seja quando fornecido sob encomenda, alterando entendimento em contrário de mais de duas décadas.

O recente julgamento cria um mar de possibilidades jurídicas (inclusive de repetição do indébito) e, por possuir efeito vinculante, as demais instâncias judiciais e administrativas serão obrigadas a seguir a orientação do Supremo. Isto é, o precedente impõe uma orientação teoricamente definitiva sobre o tema em favor do ISS.

Ato contínuo, nesta quarta-feira (24/02), o Plenário voltou a se reunir para se decidir acerca da “modulação dos efeitos”, isto é, como a decisão será aplicada nos casos concretos, e assim definiu-se:

- 1) **Contribuintes que recolheram somente o ICMS:** não terão direito à restituição do tributo. Municípios não poderão cobrar ISS, sob pena de bitributação;
- 2) **Contribuintes que recolheram somente o ISS:** o pagamento será validado, e os estados não poderão cobrar ICMS;
- 3) **Contribuintes que não recolheram nem ICMS nem ISS** até a véspera da publicação da ata de julgamento: haverá apenas a possibilidade de cobrança do ISS, respeitada a prescrição;
- 4) **Contribuintes que recolheram ISS e ICMS**, mas não moveram ação de repetição de indébito: como é situação de bitributação, haverá a possibilidade de restituição do ICMS, mesmo sem ter ação em curso, sob pena de enriquecimento ilícito dos estados, e validade do recolhimento de ISS;
- 5) **Ações judiciais pendentes de julgamento** movidas por contribuintes contra estados, inclusive ações de repetição de indébito, nas quais se questiona a cobrança do ICMS: tais processos deverão ser julgados com base no entendimento firmado

pelo STF de que incide ISS, e não ICMS, em operações de softwares. Haverá a possibilidade de restituição ou liberação de valores depositados a título de ICMS;

6) **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: tais processos deverão ser julgados com base no entendimento firmado pelo STF de que incide ISS, e não ICMS, em operações de softwares;

7) **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.**

Dúvidas? A Rosenthal está à disposição para saná-las.