

Questão Discursiva 00851

A EMPRESA XYZ FAZ, EM ÁGUAS INTERNACIONAIS E PARA SI PRÓPRIA, PESQUISAS DE DADOS SÍSMICOS. PROCESSADOS TAIS DADOS, ELA OS DISPONIBILIZA EM SOFTWARE, E CEDE, MEDIANTE PAGAMENTO, LICENÇA DE USO DOS MESMOS POR PRAZO FIXO.

O MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO AUTUOU A XYZ NO INTUITO DE COBRAR O ISS. NA SUA OPINIÃO, A PRETENSÃO DO MUNICÍPIO PROCEDE?

Resposta #000975

Por: **SANCHITOS** 31 de Março de 2016 às 09:18

A pretensão municipal é improcedente. Em primeiro momento, a empresa XYZ presta serviços de pesquisa de dados sísmicos a si mesma. Nesse momento, como o fazer não é direcionado a terceiros, não se configura o fato gerador do ISS.

Em segundo momento, ao disponibilizar software (com os dados já processados) no mercado de consumo (ou seja, como mercadoria), genericamente a quem se disponibilize a pagar a licença de uso, resta nítida a obrigação de entregar/dar e não a de fazer. Assim, afasta-se a incidência do ISS, podendo - se o caso - incidir o imposto sobre circulação de mercadorias - ICMS, de competência estadual.

De maneira diversa, se a empresa XYZ realizasse o processamento dos dados para adquirente determinado, em nítida prestação de serviço (fazer), poderia incidir a exação pleiteada, conforme art. 1º, §1º, c/c art. 3º, I, ambos da LC 116/03, em conjunto com itens 1.03 e 1.05 de sua lista anexa.

No mais, tal matéria já foi enfrentada junto ao STJ e STF, no sentido aqui exposto. Por fim, "mutatis mutantis", configurada obrigação de ceder coisa não fungível e por prazo determinado, parece-nos incidir semelhante vedação contida no teor da Súmula Vinculante nº 31 do STF no caso aqui analisado.

Correção #000571

Por: **Daniela Nadia Wasilewski Rodrigues** 31 de Março de 2016 às 17:12

Rodrigo, não tinha entendido muito bem porque você mencionou a Súmula Vinculante que proíbe a incidência de ISS sobre a locação de bens móveis. Mas aí fui ver a exposição de motivos e verifiquei que uns dos casos analisados era sobre a locação de games e filmes, aí entendi a sua colocação. Acho que você poderia ter fundamentado um pouquinho melhor sobre a comparação, para não parecer tão deslocado.

Mas em todo caso, achei ficou adequada a resposta, pois o entendimento dos Tribunais costuma cobrar o ICMS de softwares de prateleira (tipo word, excel, que você pode comprar o dvd de instalação numa loja de varejo) e o ISS para softwares por encomenda ou aqueles que necessitam alguma adaptação para o cliente. Analisando que o ISS costuma ser 5% e o ICMS 17%, pode acarretar uma grande variação no preço final.

Segue um artigo sobre o tema:

<https://jus.com.br/artigos/27566/nao-incidencia-de-icms-sobre-a-comercializacao-de-software/>

Resposta #002209

Por: **MAF** 15 de Agosto de 2016 às 13:42

O ISS é imposto de competência municipal, previsto no artigo 156, III da Constituição/1988 e regulado, principalmente, pela LC 116/2003.

O fato gerador deste tributo é a prestação de serviços constantes da lista anexa à LC 116/2003, sendo que a prestação de serviço a si próprio não está compreendido no fato gerador do tributo.

Com relação à disponibilização em *software* dos dados processados, bem como a cessão da licença de uso dos dados por prazo fixo, os tribunais superiores possuem entendimento solidificado no sentido de que incide ICMS na circulação de cópias ou exemplares de programas de computadores produzidos em série e comercializados no varejo (*software* de prateleira).

Ainda segundo os tribunais superiores, o ISS somente incidirá sobre operações de licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador se este serviço for realizado para comprador certo.

Diante do exposto, não procede a pretensão do município.