

SOLUÇÃO DE CONSULTA SF/DEJUG nº 21, de 25 de julho de 2014

O **DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE TRIBUTAÇÃO E JULGAMENTO**, no uso de suas atribuições legais, em especial à vista dos artigos 73 a 78 da Lei 14.107, de 12 de dezembro de 2005 e em conformidade com o que consta nos autos do processo administrativo nº. xxxxxxxxxxxx;

ESCLARECE:

- 1.** A consulente, regularmente inscrita no CCM – Cadastro de Contribuintes Mobiliários do Município de São Paulo, como prestadora de serviços descritos pelos códigos de serviços 02798 e 02917, tem por objeto social o licenciamento e/ou o sublicenciamento, conforme o caso, de programas de computador (*software*) de titularidade da sociedade, de qualquer sociedade coligada, controlada ou controladora, ou de terceiros; a prestação de serviços em tecnologia da informação; e a participação no capital social, como sócio ou acionista, de outras empresas, no Brasil ou no exterior.
- 2.** A consulente informa que se dedica à atividade de comercialização de programas de computador (*softwares*) padronizados, não customizados, por meio de transferência eletrônica (*download*) efetuada diretamente por seus clientes. O produto comercializado pela consulente é um *software* para o gerenciamento do fluxo de informações e dados nas atividades relacionadas ao setor de telecomunicações.
- 3.** Trata-se de programa comercializado em série e dirigido a uma pluralidade geral de usuários no setor de telecomunicações. Diante desta particularidade, o referido programa é conhecido como *software standard* ou de prateleira.
- 4.** A consulente esclarece que a comercialização de seu *software* se dá pela permissão de utilização do programa ao cliente por meio de um contrato de licença de direito de uso, o que afirma estar de acordo com a legislação federal pertinente.
- 5.** A consulente pondera que o ISS é um imposto que recai sobre a prestação de serviços relacionados na lista de serviços constante do artigo 1º da Lei nº 13.701, de 24 de dezembro de 2003, dentre os quais se destaca o descrito no subitem 1.05 – licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação. Entende que tal dispositivo não é claro ao determinar se o licenciamento tributável pelo ISS refere-se ao *software* elaborado de forma padronizada e sem entrega de tecnologia, como é o caso do produto comercializado pela consulente, ou se está restrito a outros tipos de *software*, como os customizados, os elaborados por encomenda ou mesmo os padronizados com transferência de tecnologia. O objeto da consulta é, portanto, questionar a incidência do ISS sobre a comercialização de *software* padronizado fornecido via *download* e sem abertura do código fonte.

6. A fim de distinguir o tipo de *software* que comercializa, a consulente menciona a existência de *softwares 'sob encomenda'*, os quais são desenvolvidos para atender especialmente às necessidades específicas do adquirente, ou seja, desde o início concebidos para o desempenho de funções que ofereçam soluções especiais particulares; e de *softwares 'customizados'*, que constituem uma forma híbrida entre os padronizados e os feitos sob encomenda, os quais partem de programas básicos que são modificados, acrescentando-se funcionalidades adequadas às necessidades de um cliente particular.

7. Entende que o desenvolvimento e comercialização das diferentes espécies de *softwares* devem ser encarados como atividades distintas, não se podendo dizer que em todos os casos há uma prestação de serviço sujeita ao ISS. Na verdade, entende que o *software* que comercializa, o padronizado - por ser disponibilizado em série para quem tiver interesse em adquiri-lo e somente na forma em que é ofertado - é caracterizado como verdadeira mercadoria, sujeitando-se ao ICMS e que, por outro lado, o subitem 1.05 do artigo 1º da Lei nº 13.701/2003 diz respeito ao licenciamento de *softwares* que envolvem prestação de serviços.

8. Solicita que seja confirmado o seu entendimento sobre o assunto.

9. O subitem 1.05 do artigo 1º da Lei nº 13.701, de 24 de dezembro de 2003, é reprodução fidedigna do subitem 1.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar Federal nº 116, de 31 de julho de 2003 e define expressamente o licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação como atividade sujeita ao ISS.

10. A definição legal não comporta nenhum tipo de distinção, razão pela qual o ISS incide sobre quaisquer modalidades de licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação, independentemente do tipo de *software* comercializado ou da denominação empregada.

11. Portanto, o licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador padronizados (*softwares* de prateleira), desempenhado pela consulente, enquadra-se no subitem 1.05 da lista de serviços do art. 1º da Lei nº 13.701, de 24 de dezembro de 2003, relativo ao código de serviço 02798 do anexo 1 da Instrução Normativa SF/SUREM nº 08, de 18 de julho de 2011 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação, inclusive distribuição.

12. Neste caso, há a incidência do ISS, calculado pela aplicação da alíquota de 2%, sendo a base de cálculo do imposto o preço do serviço, consoante art. 1º, § 2º e art. 14 da Lei nº 13.701, de 24 de dezembro de 2003, e art. 16, I, "a", da Lei nº 13.701, de 24 de dezembro de 2003, com a redação da Lei nº 14.256, de 29 de dezembro de 2006.

13. A consulente deverá emitir Nota Fiscal de Serviços Eletrônica – NFS-e, nos termos do Decreto nº 53.151, de 17 de maio de 2012, quando da prestação dos serviços enquadrados no subitem 1.05 da lista de serviços do art. 1º da Lei nº 13.701, de 24 de dezembro de 2003.

14. Promova-se a entrega de cópia desta solução de consulta à requerente e, após anotação e publicação, archive-se.

Carlos Katsuhito Yoshimori
Diretor do Departamento de Tributação e Julgamento