



**PREFEITURA DE
SÃO PAULO**
FINANÇAS E
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

SOLUÇÃO DE CONSULTA SF/DEJUG nº 11, de 12 de abril de 2016

ISS – Subitem 1.05 da lista de serviços constante do art. 1º da Lei nº 13.701, de 24 de dezembro de 2003. Código de serviço 02798. Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador padronizados.

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. *****;

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 01880, 02682, 02690, 02798, 02879, 02917, 03115, 05762 e 07498, tem por objeto social a prestação de serviços de assessoria, consultoria e manutenção tecnológica e de informática; a comercialização de software, a comercialização de livros relacionados com informática e tecnologia e a participação no capital de outras empresas como acionista ou quotista.
2. A consulente alega, inicialmente, que a Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, conhecida como lei do *Software*, define programa de computador como sendo a expressão de um conjunto organizado de instruções para fazer equipamentos funcionar de modo e para fins determinados. Alega, todavia, que não existe nesta norma nenhuma qualificação que possa distinguir *Software* para efeito de tributação.
3. Menciona que desempenha operações com programas de computador, dentre outros serviços, enquadrados nos itens 1.04 e 1.05 do Anexo 1 da Instrução Normativa SF/SUREM nº 8/2011.
4. Assevera a consulente que o Estado de São Paulo, através do Decreto paulista nº 51.619/2007 (revogado), cobrava ICMS nas operações com *Software* somente sobre o valor do suporte informático (CD, DVD, Blu-ray, Manuais, etc.), reconhecendo que não tinha competência para cobrar sobre o valor total do *Software*.
5. Informa, também, que em setembro de 2015, o Decreto nº 61.522 revogou a referida legislação e o Estado de São Paulo pretendia passar a cobrar ICMS com a alíquota de 18% sobre o valor total das operações de venda de “*Software* padronizado”.
6. Afirma, contudo, que em janeiro de 2016, o governo de São Paulo publicou um Decreto específico adotando as bases do Convenio 181 do CONFAZ, excluindo de

cobrança do ICMS o Software adquirido via transferência eletrônica “até que fique definido o local da ocorrência do fato gerador para determinação do estabelecimento responsável pelo pagamento do imposto”, de acordo com o texto. Assim, somente as operações com *Software* acompanhado de meio físico terão cobrança de 5% no território paulista.

7. Pondera a consulente que a Lei Complementar nº116, de 31 de julho de 2003 prevê que ainda que o Software venha acompanhado de meio físico, ele não deve se sujeitar ao ICMS. Portanto, mesmo a cobrança deste tributo praticado pelo Estado de São Paulo até o final do ano passado, tendo como base de incidência o suporte informático, não era prevista na Legislação Federal. Ainda assim, segue a consulente, algumas empresas de *Software* estabelecidas no Estado optavam por recolher o ICMS por se tratar de um valor baixo de imposto, ainda que recolhessem também o ISS sobre o valor total da operação, sofrendo, portanto, bitributação em parte do valor, ato considerado inconstitucional no Brasil, acentua a consulente.

8. Em vista do exposto acima, indaga:

8.1 A Lei Complementar nº 116, de 2003, estabelece que o ISS tem como fato gerador a prestação de serviços constantes em sua lista anexa. Neste caso, os subitens 1.04 e 1.05 da lista, relativos aos códigos 02690 e 02798, respectivamente, estão sujeitos à incidência do ISS?

8.2 Tendo em vista o Decreto 61.791/16, bem como o Convênio ICMS 81/15, a consulente deve deixar de pagar o ISS em obediência às disposições desses atos legais?

8.3 Sabemos que a bitributação no Brasil é considerada ato inconstitucional. Nessa vereda, caso a empresa opte por recolher o ICMS, a consulente poderá ser autuada por falta de recolhimento do ISS?

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 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, a concessão de licença de uso de *Software* de propriedade da 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.

Flavio Sampaio Dantas

Diretor do Departamento de Tributação e Julgamento

SF/SUREM/DEJUG/DILEG/MMB