



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

Registro: 2018.0000479532

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2065250-19.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SEPROSP - SINDICATO DAS EMPRESAS DE PROCESSAMENTO DE DADOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.

Compareceu para realização de sustentação oral o advogado Ricardo Oliveira Godoi.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 25 de junho de 2018.

MARCELO MARTINS BERTHE
RELATOR
ASSINATURA ELETRÔNICA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 5ª Câmara de Direito Público

Voto nº 15.061

5ª Câmara de Direito Público

Agravo de Instrumento nº 2065250-19.2018.8.26.0000

Agravante: Sindicato das Empresas de Processamento de Dados e Serviços de Informática do Estado de São Paulo – SEPROSP

Agravada: Fazenda do Estado de São Paulo

Juíza prolatora: Simone Viegas de Moraes Leme

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES COM SOFTWARE. Presente a verossimilhança das alegações a determinar a suspensão da exigibilidade de ICMS incidente sobre as operações com software realizadas por transferência eletrônica de dados nos termos do Decreto nº 63.099/17. Hipótese em que se verifica suposta ilegalidade de regulamentação de ICMS pelo Decreto Estadual nº 63.099/17, com determinação de regra matriz de incidência tributária, por meio de Decreto Estadual nº 63.099/17 que observou as disposições do Convênio ICMS 106/17 editadas pelo CONFAZ e não disposição expressa em lei. Decisão de indeferimento reformada. Recurso provido

Tratam os autos de recurso de agravo de instrumento extraído da Ação de Procedimento Comum nº 2105075-67.2018.8.26.0000, interposto contra a r. decisão de fl. 42 dos autos principais, proferida pela MM. Juíza da 15ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que indeferiu a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

antecipação da tutela, firmando entendimento de que não é possível presumir hipótese de bitributação, uma vez que a transmissão de software via download/streaming não se equipara a serviço de streaming, bem como a discussão quanto ao meio de comercialização, por mídia física ou transferência digital, não descaracteriza o fato gerador.

A particular interpôs o recurso sustentando, em síntese, que não há fato gerador para instituição de cobrança de ICMS sobre as operações com software, inclusive via download/streaming, a ilegalidade de instituição de imposto por meio do Decreto Estadual nº 63.099/17 em ofensa ao princípio da reserva legal, bem como resulta em nítida hipótese de bitributação, uma vez que já são tributadas via ISS pelo Município.

A tutela recursal foi indeferida (fls. 99/100).

A particular se opôs à forma de julgamento virtual (fls. 104/106).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 108/123).

É o relatório.

O recurso comporta acolhimento.

A questão controvertida cinge-se na ilegalidade da determinação da base de cálculo e respectiva cobrança de ICMS sobre a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 5ª Câmara de Direito Público

comercialização de software por meio de download, streaming ou outros meios, por meio da edição de Decreto Estadual nº 63.099/17.

Compulsando os autos, verifica-se que as operações com programas de computador vigente até 01.01.2016 estabelecia o suporte informático como base de cálculo para cobrança de ICMS, com base no Decreto Estadual nº 51.619/2007.

Neste passo, a fim de disciplinar a questão frente à inovação tecnológica na comercialização de programas de computadores/softwarewares por meio de mídia física o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ estabeleceu primeiramente o percentual mínimo de 5% (cinco por cento) para tributação com base no valor da operação, e, posteriormente, disciplinou a regra matriz de incidência tributária respectivamente, por meio dos Convênios ICMS nº 181/2015 e 102/2017.

Em que pese a necessidade da Fazenda Pública em regulamentar a base de cálculo e determinar o contribuinte e as hipóteses de incidência tributária, forçoso reconhecer a ilegalidade de sua determinação por meio de Decreto Estadual.

Com efeito, a determinação da base de cálculo, contribuinte, fato gerador de operação de circulação de mercadoria por via eletrônica, com base, apenas e tão somente, no Decreto Estadual nº 63.099/2017 e não por meio de lei, é motivo que se revela suficiente a determinar a suspensão da exigibilidade da cobrança de ICMS nas operações com programas de computador.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 5ª Câmara de Direito Público

Aliás, cumpre aqui observar que o periculum in mora está presente, na medida em que as operações de streaming estão previstas na Lei Complementar nº 157/16 e, portanto, possível hipótese de bitribuição pelo ISSQN e ICMS, com base no Decreto Estadual nº 63.099/17 que encerra todas as hipóteses de transferências eletrônicas de dados.

Portanto, presente a verossimilhança das alegações e o periculum in mora, de rigor, o deferimento da antecipação da tutela, de modo a determinar a suspensão da exigibilidade de valores relativos ao ICMS incidente sobre as operações com software realizadas por transferência eletrônica de dados nos termos do Decreto nº 63.099/17 a toda categoria econômica das empresas representadas pela agravante.

Por tais motivos, impõe-se a reforma da r. decisão, para determinar a suspensão da exigibilidade dos valores relativos ao ICMS incidente sobre as operações com software realizadas por transferência eletrônica de dados, com base no Decreto Estadual nº 63.099/17.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso.

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – AgRg nos EDcl no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

REsp 966.229/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 18.02.2013).

Na hipótese de interposição ou oposição de qualquer recurso, incidental ou não, relacionado ao processo nº 1015243-75.2018.8.26.0053, onde há prevenção desta relatoria, ficam as partes intimadas e cientificadas, a partir da publicação desta decisão, que devem manifestar expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõem à forma de julgamento virtual, nos termos da Resolução 549/11 do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, alertando que no silêncio o julgamento do recurso na forma virtual ou física ficará a critério do relator.

MARCELO MARTINS BERTHE
Relator