



Poder Judiciário

2ª Vara da Fazenda Pública

Viaduto Dona Paulina, nº 80, 5º andar, Centro, São Paulo, Capital

e-mail: sp2faz@tjsp.jus.br

Mandado de Segurança nº 1032928-66.2016.8.26.0053

Seprosp - Sindicato das Empresas de Processamento de Dados e Serviços de Informática do Estado de São Paulo

Coordenador da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e Diretor Executivo da Administração Tributária - DEAT da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo

Avenida Rangel Pestana, 300, Se - CEP 01017-911, São Paulo-SP, Avenida Rangel Pestana, 300, Centro - CEP 01017-000, São Paulo-SP

Vistos.

1. Para a concessão da liminar, nos termos do artigo 7º, inciso III, Lei nº 12.016/09, imprescindível que sejam preenchidos os requisitos necessários: a) fundamento relevante; b) e do ato impugnado puder resultar ineficácia da medida.

No caso dos autos, verifica-se estarem presentes os requisitos autorizadores da concessão liminar, uma vez que há relevante fundamento no sentido de que o direito líquido e certo dos associados da impetrante está sendo violado pela autoridade coatora, ao editar os Decretos nº 61.522/15 e 61.791/16, prevendo a incidência de ICMS sobre toda e qualquer operação envolvendo softwares, o que viola o princípio da legalidade tributária e configura bitributação sobre mesmo fato gerador, tendo em vista que há incidência de ISS sobre elaboração de programas de computador e jogos eletrônicos (item 1.04 da Lei Complementar 116/03) e sobre o licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação (item 1.05 da mesma Lei).

Ademais, o C. Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema em Recurso Extraordinários nº 176.626, fixando entendimento no sentido de que, por se tratar de bem incorpóreo, em regra, não incide ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso dos programas de computador, ressalvando a hipótese de "circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo - como a do chamado 'software de prateleira' (off the shelf) - os quais, materializando o *corpus mechanicum* da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio":

EMENTA: I. Recurso extraordinário : prequestionamento mediante embargos de declaração (Súm. 356). A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual



Poder Judiciário

2ª Vara da Fazenda Pública

Viaduto Dona Paulina, nº 80, 5º andar, Centro, São Paulo, Capital

e-mail: sp2faz@tjsp.jus.br

"não foram opostos embargos declaratórios". Mas se, opostos, o Tribunal a quo se recuse a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte (RE 210.638, Pertence, DJ 19.6.98). II. RE: questão constitucional: âmbito de incidência possível dos impostos previstos na Constituição: ICMS e mercadoria. Sendo a mercadoria o objeto material da norma de competência dos Estados para tributar-lhe a circulação, a controvérsia sobre se determinado bem constitui mercadoria é questão constitucional em que se pode fundar o recurso extraordinário. III. Programa de computador ("software"): tratamento tributário: distinção necessária. Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de "licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador" "matéria exclusiva da lide", efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo - como a do chamado "software de prateleira" (off the shelf) - os quais, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio. (RE 176626, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 10/11/1998, DJ 11-12-1998 PP-00010 EMENT VOL-01935-02 PP-00305 RTJ VOL-00168-01 PP-00305)

Por outro lado, o perigo de dano é evidente, uma vez que, diante do ato coator, as empresas filiadas à impetrante serão obrigadas ao pagamento de imposto, a princípio, indevido.

Assim, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, **DEFIRO** a liminar pleiteada para determinar que as filiadas da impetrante não sejam compelidas às alterações previstas nos Decretos nº 61.522/15 e 61.791/16, até julgamento do mérito do mandado de segurança.

A presente decisão, por cópia digitalmente assinada, servirá como



Poder Judiciário

2ª Vara da Fazenda Pública

Viaduto Dona Paulina, nº 80, 5º andar, Centro, São Paulo, Capital

e-mail: sp2faz@tjsp.jus.br

ofício, cabendo ao impetrante o seu devido encaminhamento, comprovando-se posteriormente nos autos.

2. Requistem-se informações, no prazo de dez dias, da autoridade coatora.

As informações podem ser apresentadas por documentação em arquivo PDF, diretamente no Cartório ou por e-mail (sp2faz@tjsp.jus.br), para viabilizar a inclusão nos autos digitais.

Consigne-se no mandado que, por se tratar de processo digital, a íntegra da inicial e todos documentos que instruem o processo podem ser acessados no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça (<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/open.do>), acessando o link: "Este processo é digital. Clique aqui para informar a senha e acessar os autos".

O Cartório deverá instruir o mandado com senha para viabilizar o acesso dos autos pela autoridade administrativa.

Este procedimento está previsto na Lei Federal nº 1.419, de 19.12.206.

3. Em cumprimento ao art. 7º, I da Lei 12.016/09, intime-se o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, se for o caso.

4. Após, ao Ministério Público (oferecimento, em 10 dias, de parecer) e, a seguir, conclusos com presteza para sentença.

Int.

São Paulo, 27 de julho de 2016.

Bruna Acosta Alvarez – Juiz(a) de Direito (assinado digitalmente)