



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA de SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, 8º ANDAR - SALA 805/806,**  
**CENTRO - CEP 01501-020, FONE: 3242-2333 R2028, SÃO PAULO-**  
**SP - E-MAIL: SP9FAZ@TJSP.JUS.BR**

TraDECISÃO

**CONCLUSÃO**

Em 15 de março de 2018, faço estes autos conclusos ao(à) MM(a). Juiz(a) de Direito, Dr(a). Simone Gomes Rodrigues Casoretti. Eu, \_\_\_\_\_, escr., subscr.

Processo nº:

**1010278-54.2018.8.26.0053 - Mandado de Segurança Coletivo**

Requerente:

**Brasscom - Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação**

Requerido:

**Coordenador da Coordenadoria da Administração Tributária - CAT e outros**

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança coletivo preventivo por meio do qual pretende a impetrante – associação civil sem fins lucrativos que representa os interesses das empresas do setor de tecnologia da informação e comunicação – discutir a constitucionalidade e ilegalidade do Decreto Estadual no. 63.099, de 22 de dezembro de 2017, editado com base no Convênio ICMS nº 106/2017, que "disciplina os procedimentos de cobrança do ICMS incidente nas operações com bens e mercadorias digitais comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados e concede isenção nas saídas anteriores à saída destinada ao consumidor final" e, em consequência, afastar a cobrança do referido imposto de suas associadas a partir de 1º de abril de 2018.

Sustenta, em resumo, que o Convênio 107/2017 e o Decreto 63.099/2017 invadiram campo de atuação de lei complementar (art. 146, III e 155, § 2º, XII, ambos da CF),, pois ao estabelecerem procedimentos de recolhimento de ICMS sobre bens digitais, disponibilizados por qualquer meio, determina nova incidência tributária, sem respaldo na Constituição Federal e na Lei Complementar 87/96.

Além disso, na lista de serviços da Lei Complementar no. 116/03, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, no item 1.05, está prevista a atividade de licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação, sem contar os itens 1.03 e 1.09.

Acrescenta, também, que não há no STF definição pela incidência de ICMS na transmissão eletrônica (download) de software e para que seja possível a



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA de SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, 8º ANDAR - SALA 805/806,**  
**CENTRO - CEP 01501-020, FONE: 3242-2333 R2028, SÃO PAULO-**  
**SP - E-MAIL: SP9FAZ@TJSP.JUS.BR**

tributação é necessária uma reinterpretação do conceito de "circulação de mercadorias".

Regularmente intimada, a Fazenda do Estado de São Paulo afirma que o Convênio ICMS 106/17 e o Decreto 63.099/17 não inovam no ordenamento jurídico, mas apenas regulamentam uma materialidade já existente, visto que o conceito constitucional de circulação de mercadorias prescinde de suporte físico. Na sua ótica, com base no voto do Ministro Ricardo Lewandowski (ADI 1945/MC), as operações de circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo, não abrangendo o licenciamento ou cessão, estão sujeitas à incidência de ICMS.

Numa primeira análise, verifico a relevância dos fundamentos invocados, pois admitir a incidência de ICMS sobre o *software* padronizado por transferência eletrônica por *download* (o conteúdo é baixado da internet e armazenado no aparelho do usuário) e por acesso remoto, o chamado *streaming* (o conteúdo acessado, um filme, por exemplo, não é armazenado no aparelho e somente poderá ser acessado novamente por meio de outro acesso à internet), com base em convênio e decreto afronta, sem qualquer dúvida, o disposto no art. 146 da Constituição Federal, pois compete somente a lei complementar dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre os entes da federação; regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária (base de cálculo, fato gerador e contribuintes responsáveis).

Ademais, o Plenário do STF, no julgamento da ADIn 1945, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, embora tenha se posicionado, por maioria de votos, pela necessidade de ser dado tratamento idêntico ao software em base física àquele objeto de *download* na internet, ainda não há decisão definitiva e, assim, forçoso concluir que deve ser analisado se o comércio de produtos digitais na internet constitui fato gerador do ICM, diante dos termos do art. 155, II da Constituição Federal, isto é, se a transferência de conteúdo de digital (por *download* ou *streaming*) configura uma circulação efetiva de mercadorias .

Sendo assim, **defiro a liminar** para determinar ao impetrado que



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA de SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, 8º ANDAR - SALA 805/806,**  
**CENTRO - CEP 01501-020, FONE: 3242-2333 R2028, SÃO PAULO-**  
**SP - E-MAIL: SP9FAZ@TJSP.JUS.BR**

suspenda os efeitos do Decreto Estadual 63.099/17 para as representadas pela Impetrante, tendo em vista sua entrada em vigor em 01/04/2018, conforme postulado.

Notifique-se e dê-se ciência.

Após, ao MP e conclusos.

Servirá a presente como mandado/ofício.

Int.

São Paulo, 15 de março de 2018

Simone Gomes Rodrigues Casoretti

Juiz(a) de Direito