**Aluno: Rafael Toshio H. Honda**

**RA: 1050481523048**

Apelação Cível: 1020788-97.2016.8.26.0053

Apelante: PROFILE TECHNOLOGY CONSULTORIA SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA.

Apelado: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comarca: SÃO PAULO

Juiz sentenciante: Dr. Antônio Augusto Galvão de França

url: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10657650&cdForo=0

Trata-se de recurso de apelação impetrado para afastar o recolhimento do ICMS nas operações realizadas com programas de “softwares”, quando disponibilizados por transferência eletrônica de dados.

Alega a apelante que é indevida a cobrança de ICMS sobre a comercialização de softwares, consoante o estabelecido no Decreto Estadual n. 61.522/15, que alterou a base de cálculo das referidas operações, passando o ICMS a incidir sobre o valor das operações com programa de computador, e não mais sobre o valor do seu suporte físico.

Defende a impetrante que por ser o “software” um bem incorpóreo não pode ser tributado pelo ICMS, eis que não há circulação de mercadoria. Daí porque requer o afastamento do Decreto n. 61.522/15, que obriga o recolhimento do ICMS sobre a totalidade das operações com “software”, independentemente de terem ou não suporte físico.

O legislador, desde a edição da Lei de “Softwares”, não elegeu o suporte físico como diretriz para caracterização da circulação da mercadoria para fins de incidência do ICMS, pois na era digital atual, é plenamente possível adquirir “softwares”, através de “download”, não descaracterizando, assim, a circulação de mercadoria, sujeita ao ICMS. A existência ou não de suporte físico não determina a natureza da operação para fins de tributação do ICMS ou ISSQN.

Ao contrário do alegado pela apelante, o Decreto n. 61.522/15, não criou nova hipótese de incidência do ICMS, mas simplesmente o adequou a realidade atual, em obediência ao artigo 110, do Código Tributário Nacional.

Se faz necessário entender que existem dois tipos de “softwares”: aquele desenvolvido por encomenda e aquele desenvolvido e comercializado em larga escala. O “software” é desenvolvido, por encomenda, de forma personalizada, descaracteriza a comercialização de mercadorias, tornando-se uma prestação de serviço, sujeita ao ISSQN, o chamado “software de prateleira”, isto é, aquele produzido de maneira uniforme e oferecido indistintamente, de modo pronto e acabado aos destinatários finais, como uma mercadoria qualquer, incidirá, sobre a operação, o ICMS.

A impetrante desenvolve “softwares" em larga escala, não personalizado, deve-se excluí-la da incidência do ISSQN, adequando-se, à espécie, a jurisprudência pacífica do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que enquadra tal atividade como venda de mercadoria, sujeita ao ICMS.

Consultando o sítio eletrônico deste Tribunal, verificou-se que em situação semelhante a esta posta em debate, a própria apelante insurgiu-se em face da incidência do ISSQN, por entender que sua atividade não se trata de prestação de serviço especializado, mas sim, de atividade acessória decorrente da compra do produto, sujeita ao ICMS. A apelante logrou êxito em sua pretensão, afastando-se a cobrança do ISSQN sobre a cessão de direito de uso de programas de computador não-costumizáveis “Software” de prateleira (Apelação Cível no 0033021-22.2011.8.26.0053).

Portanto, a própria apelante já reconheceu que sua atividade preponderante é a comercialização e distribuição de sistemas (“softwares”), passível de tributação pelo ICMS, não podendo, a seu bel prazer, mudar a natureza de sua atividade com a finalidade de se furtar à tributação a ela incidente.

O juiz: nega provimento ao recurso.