



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

Registro: 2017.0000077313

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1001507-47.2015.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante PROXIMO GAMES DISTRIBUIDORA DE ELETRONICOS LTDA, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", 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, 6 de fevereiro de 2017.

MARCELO BERTHE
RELATOR
ASSINATURA ELETRÔNICA



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

Voto nº 11.406

5ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 1001507-47.2015.8.26.0068

Apelante: Próximo Games Distribuidora de Eletrônicos Ltda.

Apelada: Fazenda do Estado de São Paulo

Juíza sentenciante: Graciella Salzman

RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. TRIBUTÁRIO. LICENCIAMENTO DE SOFTWARE PARA JOGOS ELETRÔNICOS. INCIDÊNCIA DE ICMS. O licenciamento de software para usuários indeterminados configura fato gerador de ICMS e não de ISS. Operação que se caracteriza como compra e venda. Precedente do E. Superior Tribunal de Justiça. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido

Tratam os autos de recurso de apelação extraído de ação ordinária, interposto contra a r. sentença de fls. 49/52, proferida pela MM. Juíza da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Barueri, que julgou improcedente o pedido, por entender que na atividade exercida pelo autor, há incidência de ICMS. Condenou em custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

O particular interpôs recurso de apelação sustentando, em síntese, que a atividade de licenciamento de software não é revenda de mercadorias, motivo pelo qual não deve incidir ICMS (fls. 625/699).



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

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 708/715).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Compulsando os autos, verifica-se que a atividade da apelante é a importação de softwares de jogos eletrônicos para licenciar no território nacional.

Restou consignado no laudo pericial que:

A real natureza dos videogames são computadores específicos, que processam softwares desenvolvidos por programadores, que permitem a interação com um ou mais usuários coma finalidade geral de entreter e ensinar.

Assim, a controvérsia dos autos é verificar a incidência do ICMS sobre a operação, pois a tese recursal baseia-se na alegação de que não se trata de venda de mercadoria.

Neste passo, para verificar o fato gerador de tributos é importante analisar a operação efetuada e não a transferência física.

No caso concreto, o apelante comercializa softwares



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

produzidos em grandes quantidades para terceiros indeterminados, fato que se amolda perfeitamente ao conceito de compra e venda, que por sua vez é fato gerador do ICMS.

Assim, não merece guarida a tese de que a apelante apenas licencia o produto, tendo em vista que o E. Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que softwares vendidos de forma impessoal configura fato gerador de ICMS:

TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – PROGRAMAS DE COMPUTADOR NÃO PERSONALIZADOS – DL 406/68 – NÃO-INCIDÊNCIA DO ISS. 1. Os programas de computador desenvolvidos para clientes, de forma personalizada, geram incidência de tributo do ISS. 2. Diferentemente, se o programa é criado e vendido de forma impessoal para clientes que o comprem como uma mercadoria qualquer, esta venda é gravada com o ICMS. 3. Hipótese em que a empresa fabrica programas em larga escala para clientes. 4. Recurso especial não provido. (Recurso Especial 1070404/SP. Rel Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j.26/08/2008)

Portanto, sob qualquer ângulo que se olhe a questão, se vislumbra no caso o fato gerador do ICMS.

Por tais razões, a r. sentença não comporta reparos, devendo ser integralmente mantida por seus jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.



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

Os honorários advocatícios devem ser acrescidos de 5% sobre o valor da causa, observado o trabalho adicional realizado no âmbito recursal, nos termos do art. 85, §11, do Novo Código de Processo Civil.

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

Na hipótese de interposição ou oposição de recurso contra esta decisão, ficam as partes intimadas, a partir da publicação, a se manifestarem, 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.

MARCELO MARTINS BERTHE
Relator