



COMARCA DE PORTO ALEGRE
8ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL
Rua Manoelito de Ornellas, 50

Processo nº: 001/1.16.0161211-8 (CNJ:0242487-80.2016.8.21.0001)
Natureza: Ordinária - Outros
Autor: SAFEWEB Segurança da Informação LTDA
Réu: Município de Porto Alegre
Juiz Prolator: Juiz de Direito - Dr. João Pedro Cavalli Júnior
Data: 05/12/2017

Vistos.

Trata-se de ação anulatória de auto de lançamento tributário, ajuizada por SAFEWEB SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO LTDA em face do MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE.

Em suma, sustenta a empresa autora que o Município pretende a cobrança de ISS sobre o faturamento da sociedade, oriundo do comércio de certificados digitais. Disse que a atividade desenvolvida não se submete à tributação pelo ISS, eis que se trata de produto, e não serviço, pelo que postula a nulidade do Auto de Infração nº 000036.00/2016. Subsidiariamente, requer seja reconhecida a ilegalidade do enquadramento da atividade de certificado digital no subitem 17.01 da Lista de Serviços da Lei Complementar nº 07/73, para que passe a incidir a alíquota de 2% sobre o faturamento – e não 5% –, nos termos do que dispõe o art. 21, inc. II, da LCM nº 07/73. Liminarmente, postulou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Juntou documentos (fls. 35/881).

A medida liminar foi deferida (fl. 882).

O Município apresentou contestação, afirmando que a atividade desenvolvida pela autora consiste na prestação de serviço, estando descrita no subitem 17.01. Discorreu acerca da atividade e da forma de prestação dos serviços, aduzindo que a obrigação de fazer prepondera em relação à obrigação de dar, sob o argumento de que, para a aquisição do certificado digital, vários são os processos necessários para a sua concessão. Pugnou pela improcedência da ação. Juntou documentos (fls. 908/926).

Houve réplica às fls. 929/938.

Instadas as partes acerca da produção de provas, ambas informaram não ter provas a produzir.

Com vista dos autos, o Ministério Público deixou de intervir no feito.

Vieram os autos conclusos.

É O RELATÓRIO.

PASSO A FUNDAMENTAR.

A lide está apta a julgamento, sendo as partes legítimas e bem representadas, com interesse concorrente e preenchimento dos pressupostos de ordem formal e



material ao conhecimento do pedido.

A discussão resume-se, basicamente, sobre a natureza da atividade desenvolvida pela autora, consistente na prática comercial relacionada à certificação digital, a fim de se verificar se tal atividade impõe a incidência de ISS, eis que a Contribuinte sempre emitiu nota fiscal de venda de mercadoria, sem o recolhimento do imposto municipal.

O Município enquadrrou a atividade desenvolvida pela autora como prestação de serviço, descrito no subitem 17.01 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/2003, que consiste em “Assessoria ou consultoria de qualquer natureza, não contida em outros itens desta lista; análise, exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações de qualquer natureza, inclusive cadastro e similares”, com o que se dá o fato gerador para a incidência de ISS.

Com efeito, a incidência do ISS mostra-se cabível naquelas hipóteses previstas na Lista de serviços anexa à LC nº 116/2003, quando se trata de obrigação de fazer, em que há nítida prestação do serviço – e que não se confunde com a obrigação de dar –, caracterizando a ocorrência do fato gerador, conforme dispõe o art. 1º da citada norma:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Ocorre que a certificação digital consiste em estabelecer uma assinatura com validade jurídica, criada para garantir a segurança e proteção às transações eletrônicas e demais serviços que se dão através da Internet, sendo ela veiculada através de um certificado. Trata-se, pois, de uma operação mista, através da qual a entrega do certificado digital (obrigação de dar) convive com a validação da identidade do titular (obrigação de fazer), havendo evidente preponderância do dar sobre o fazer.

É que o usuário efetua a compra do certificado (resultado de dar), enquanto a sua autenticação (que é resultado de fazer) aparece como simples meio para a obtenção do resultado desejado, ou seja, a disponibilidade de um certificado autenticado.

No caso dos autos, não restou evidenciada a efetiva prestação de serviços pela empresa autora, como quer fazer crer o Município, havendo nítida preponderância da obrigação de dar, e sobre a qual não incide ISS.

Nesse viés, inclusive, mostra-se plausível a analogia com o software “de balcão”, que já tem entendimento sedimentado no sentido da não-incidência da tributação sobre o serviço envolvido, consoante jurisprudência do e. Tribunal de Justiça do RS:

REEXAME NECESSÁRIO. TRIBUTÁRIO E FISCAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO CONTRA MUNICÍPIO. TRIBUTAÇÃO DE SOFTWARE DE BALCÃO. INCABÍVEL INCIDÊNCIA DE ISS. Os programas uniformes de computação, feitos em escala (“software” de balcão) e colocados para revenda, constituem mercadorias de livre comercialização, passíveis de incidência por ICMS; ao ISS ficam reservados os programas elaborados especialmente para certo e determinado usuário, que expressam nítida prestação de



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



serviço. Sentença confirmada em reexame. (Reexame Necessário Nº 70009900135, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 04/05/2005

Dessarte, em sendo inviável a incidência de ISS sobre as atividades desenvolvidas pela autora, há de ser reconhecida a nulidade do Auto de Lançamento, objeto do debate.

JULGO, portanto, **PROCEDENTE** o pedido ajuizado por SAFEWEB SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO LTDA contra o MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, para declarar a nulidade do AI nº 000036.00/2016.

Em face da sucumbência, arcará o réu com o reembolso das custas processuais (estando legalmente isento de outras) e com os honorários advocatícios, ora arbitrados em R\$ 10% do valor da causa, atento ao trabalho exigido e ao fato de figurar uma pessoa jurídica de direito público no polo passivo, tudo nos termos do artigo 85, §§ 3º e 4º, do NCPC.

Remessa necessária dispensada em face do valor da causa.

Publique-se.

Registre-se.

Intime-se.

Porto Alegre, 05 de dezembro de 2017.

João Pedro Cavalli Júnior
Juiz de Direito