

Vistos. Trata-se de mandado de segurança impetrado por [REDACTED] contra SECRETÁRIO DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE BARUERI. Em suas razões, alega, em síntese, que o impetrado tributa o licenciamento de softwares importados pelo impetrante, sendo que a transação se caracteriza como locação de bem móvel, o que impede a incidência do referido imposto. Requer a concessão da ordem para afastar a exigência de ISS sobre a cessão desse tipo de software. Com a inicial vieram documentos (fls. 20/403). A liminar foi deferida (fls. 406). O impetrado prestou informações (fls. 461/479). O Ministério Público opinou pela denegação da ordem (fls. 517/520). Este o relatório do essencial, passo a fundamentar e a decidir. As preliminares argüidas devem ser rejeitadas. Não há necessidade de dilação probatória no caso, pois os documentos acostados solucionam a controvérsia fática satisfatoriamente, de modo que há apenas a questão de direito a ser resolvida. Na esfera administrativa, houve apenas uma consulta e não um processo administrativo, de modo que desnecessário exigir-se o seu exaurimento para possibilitar o ajuizamento desta ação, ao contrário do que alegado pelo Ministério Público. Não há ataque a lei em tese e sim à possível atuação do fisco municipal em tributar a atividade da impetrante em licenciar softwares por ela importados. Dessa forma, a inicial é nominada como mandamus preventivo, e para se afastar a possível decadência no caso, é inviável conhecer do pedido de fls. 16, item 61 – ii, posto que os eventuais indébitos deverão ser objeto de ação própria, aplicando-se a Súmula 271, STF. No mérito, em relação aos futuros atos da autoridade coatora exigindo ISS da atividade do impetrante de importar licenças de uso e as sublicenciar neste país, a ordem deve ser concedida. Com efeito, os documentos apresentados com a inicial demonstram que o impetrante sublicencia programas de computador desenvolvidos de forma padronizada por terceiro, do qual importa a licença de uso. Ao contrário do que sustentado pela autoridade coatora, entendo demonstrado que trata-se de mera locação de bem móvel e não o serviço descrito no item 1.05 da Lista de Serviços da Lei Complementar 116/03, já que a impetrante apenas disponibiliza softwares prontos a seus clientes, sem prestar o serviço de desenvolvê-los. Esta assertiva vem corroborada pela própria autoridade coatora, ao apresentar os documentos fiscais de fls. 513/514, que demonstra que a impetrante recolhe ISS sobre licenciamento de programas de computador. O caso em tela encontra precedente favorável em nossa jurisprudência: “APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, EM FACE DO ATO COATOR OMISSIVO A SER PRATICADO PELO SR. COORDENADOR DO ISS DA SECRETARIA DE FAZENDA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, COM BASE NO SUB-ITEM 1.05, DA LISTA DE SERVIÇOS, CONSTANTES DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116, QUE ESTABELECE NOVAS EGRAS DE TRIBUTAÇÃO PARA O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN), EM CONFRONTO COM O ART. 110 DO CTN, QUE VEDA A ALTERAÇÃO, PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE DEFINIÇÕES E CONCEITOS UTILIZADOS PELO DIREITO PRIVADO, NÃO HAVENDO, PORTANTO, FUNDAMENTO JURÍDICO PARA A INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE LICENCIAMENTO OU CESSÃO DE DIREITO DE USO DE PROGRAMAS DE COMPUTAÇÃO, PELO FATO DE NÃO SE TRATAR DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ASSIM, REQUER A CONCESSÃO DE LIMINAR, E AO FINAL, A CONCESSÃO DA ORDEM, PARA QUE SEJA RECONHECIDO À IMPETRANTE O DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE NÃO RECOLHER O ISS RELATIVO A CONTRATO DE LICENCIAMENTO OU CESSÃO DE DIREITO DE USO DE PROGRAMA DE COMPUTAÇÃO. SENTENÇA QUE DENEGOU A SEGURANÇA. PROVIMENTO DO APELO, CONCEDENDO-SE A ORDEM NA FORMA REQUERIDA. Como bem ressaltou a douta Procuradoria de Justiça, é inconstitucional a previsão de incidência de ISS sobre a locação de bens móveis, ou sobre qualquer obrigação de dar, que, de acordo com a jurisprudência do STJ, não pode ser considerada como serviço, posto que este se restringe à obrigação de fazer. No contrato em tela, no que se refere, estritamente, ao valor pago pela impetrante quanto ao licenciamento ou cessão de direito de uso de programa de computação, licença de software desenvolvido por empresas estrangeiras, não pode haver incidência do ISSQN, uma vez que não está compreendido dentro do conceito de serviços, na expressão constitucional, tratando-se, apenas, de disponibilização de programa já elaborada pela cedente. Desta forma, declara-se, incidenter tantum a inconstitucionalidade da previsão de incidência do imposto sobre serviço, que tem como fato gerador o licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação, concedendo a segurança pretendida, para determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir o ISSQN sobre as operações feitas pela impetrante/apelante, referentes a licenciamento de software desenvolvido por empresas estrangeiras.” (Apelação Cível nº 2007.001.53665, 11ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Cláudio de Mello Tavares. j. 13.02.2008). Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem e resolvo o mérito do processo, com base no artigo 269, I, do Código de Processo Civil e o faço para determinar que o impetrado se abstenha de tributar com ISSQN as operações da impetrante de importação e licenciamento de licenças de uso de softwares desenvolvidos pela empresa [REDACTED], já que não mencionou na inicial importar licenças de uso de nenhuma outra empresa. Sem condenação em honorários, ante a Súmula 105 do STJ. Sentença que se submete ao reexame necessário.

P.R.I.C. Barueri, 14 de janeiro de 2010. Juiz Substituto