



MB
Nº 70079125381 (Nº CNJ: 0277750-60.2018.8.21.7000)
2018/Cível

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ISS. PROGRAMA DE COMPUTADOR. SOFTWARE. CERTIFICADO DIGITAL. CARACTERIZAÇÃO COMO PRODUTO. OPERAÇÃO MISTA. PREPONDERÂNCIA DA OBRIGAÇÃO DE DAR SOBRE A OBRIGAÇÃO DE FAZER. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. PRECEDENTES.

- Não obstante a comercialização de certificado digital consista em uma operação mista, englobando a entrega do certificado como operação de dar, e a validação da identidade do titular como obrigação de fazer, tem-se que essa última é nitidamente acessória, preponderando a primeira. A circunstância de um certificado digital não poder ser adquirido de forma direta em “balcão”, por existirem atos prévios a serem praticados para individualização do usuário, não é o ponto de corte para que se o enquadre, então, como um serviço, e não uma mercadoria. A questão recebe o adequado enfrentamento quando analisada sob a face da preponderância da obrigação de dar (entrega do produto), e a acessoriedade da obrigação de fazer (validação para o usuário).

- Inexiste a customização de um “*software*”, a pedido ou encomendado de forma específica e individual pelo consumidor. Pelo contrário, todos aqueles que procuram um certificado digital alcançarão o mesmo produto, desenvolvido com a mesma tecnologia e com a entrega das mesmas funcionalidades. Cada certificado digital se diferencia dos demais – entregues aos diferentes usuários no mercado de consumo –, somente pela identidade dos compradores, com a inserção de nome e CPF, o que é da própria essência de uma assinatura digital.

- A prática de atos prévios à comercialização, a fim de validar a certificação e individualizar o usuário não torna o produto singular. O produto é o mesmo, padronizado e produzido em larga escala, mas como é de sua essência a utilização só por aquele que o adquiriu, praticam-se atos necessários à autenticação, que se caracterizam como meio para a consecução de um fim.

APELO DESPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL

VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Nº 70079125381 (Nº CNJ: 0277750-60.2018.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE

APELANTE

SAFEWEB SEGURANCA DA
INFORMACAO LTDA

APELADO



MB
Nº 70079125381 (Nº CNJ: 0277750-60.2018.8.21.7000)
2018/Cível

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em desprover o apelo.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE) E DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA.**

Porto Alegre, 13 de dezembro de 2018.

DES.^a MARILENE BONZANINI,
RELATORA.

RELATÓRIO

DES.^a MARILENE BONZANINI (RELATORA)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE nos autos da ação anulatória de lançamento tributário que lhe move SAFEWEB SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO LTDA., contra sentença cujo dispositivo fora assim lançado:

JULGO, portanto, PROCEDENTE o pedido ajuizado por SAFEWEB SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO LTDA contra o MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, para declarar a nulidade do Al 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.

Em suas razões, sustentou que os certificados digitais não se enquadram na tipologia mercadorias, tratando-se, em verdade, de um serviço, razão pela qual incidente o ISS. Argumentou que os certificados não podem ser adquiridos em balcão ou revendidos pelo adquirente, bem como que a prestação do serviço só pode ser realizada por quem está devidamente credenciado pela



MB

Nº 70079125381 (Nº CNJ: 0277750-60.2018.8.21.7000)
2018/Cível

administração pública para tanto, circunstâncias que demonstram o acerto de sua tese. Pediu provimento ao recurso.

Foram apresentadas contrarrazões.

O Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

É o breve relatório.

VOTOS

DES.^a MARILENE BONZANINI (RELATORA)

Eminentes Colegas!

A discussão devolvida à apreciação deste Colegiado consiste em saber se a comercialização de certificados digitais se sujeita, ou não, à incidência de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS.

Na origem, após fiscalização e o trâmite de ação fiscal envolvendo a empresa Safeweb Segurança da Informação Ltda., a autoridade tributária municipal lavrou o Auto de Lançamento n.º 000036.00/2016, relativo ao não recolhimento de ISS sobre o faturamento com a comercialização de certificados digitais. Por seu turno, a sociedade empresária, argumentando ter sempre emitido notas fiscais de venda, em razão da preponderância do “*dar*” sobre o “*fazer*”, e após ver desprovido seu recurso na esfera administrativa, ajuizou a presente ação, que, como bem posto pelo julgador singular, merece mesmo o julgamento de procedência.

Com efeito, não obstante a comercialização de certificado digital consista em uma operação mista, englobando a entrega do certificado como operação de dar, e a validação da identidade do titular como obrigação de fazer, tem-se que essa última é nitidamente acessória, preponderando a primeira.

A circunstância de um certificado digital não poder ser adquirido de forma direta em “balcão”, por existirem atos prévios a serem praticados para individualização do usuário, não é o ponto de corte para que se o enquadre, então, como um serviço, e não uma mercadoria. A questão, como já referido, recebe o adequado enfrentamento quando analisada sob a face da preponderância da obrigação de dar (entrega do produto), e a acessoriedade da obrigação de fazer (validação para o usuário).

É que, diferentemente do que alega a recorrente, aqui não existe a customização de um “*software*”, a pedido ou encomendado de forma específica e individual pelo consumidor. Pelo contrário, todos aqueles que procuram um certificado digital alcançarão o mesmo produto, desenvolvido com a mesma tecnologia e com a entrega das mesmas funcionalidades.



MB

Nº 70079125381 (Nº CNJ: 0277750-60.2018.8.21.7000)
2018/Cível

Cada certificado digital se diferencia dos demais – entregues aos diferentes usuários no mercado de consumo –, somente pela identidade dos compradores, com a inserção de nome e CPF, o que é da própria essência de uma assinatura digital.

É dizer: a prática de atos prévios à comercialização, a fim de validar a certificação e individualizar o usuário não torna o produto singular. O produto é o mesmo, padronizado e produzido em larga escala, mas como é de sua essência a utilização só por aquele que o adquiriu, praticam-se atos necessários à autenticação, que se caracterizam como meio para a consecução de um fim.

Nesse sentido, colaciono excertos da Apelação Cível n.º 70078327566, julgada em 26.09.2018, Relator o Des. João Barcelos de Souza Júnior, por meio da qual fora desprovido recurso do Município em ação anulatória ajuizada pela mesma sociedade empresária:

“A produção em massa de programas e a revenda de exemplares da obra intelectual por terceiros que não detêm os direitos autorais que neles se materializam não caracterizam licenciamento ou cessão de direitos de uso da obra, mas genuínas operações de circulação de mercadorias. Trata-se, pois, de comercialização de bem móvel e como tal sujeito ao ICMS, cuja competência é do Estado, e não ao ISSQN, de competência do município.

(...)

Pelo que se infere dos autos, a produção de certificados digitais não se dá de forma personalizada, mas geral, disponível a qualquer consumidor que se disponha a pagar pelo produto. Não se denota a produção individualizada/específica para cada cliente do software, mas elaboração em larga escala, o que afasta, segundo os precedentes acima citados, a incidência do ISSQN.

Cuida-se, portanto, de venda de mercadoria, inclusive com a devida emissão de notas fiscais de venda (fls. 154/168 e 435), e não de prestação de serviço.

A obrigação de fazer observada neste caso (validação da identidade do titular do certificado digital) possui caráter acessório à obrigação de dar que enseja a cobrança de tributo, qual seja a entrega de certificado digital, subsumindo-se, portanto a esta última.

(...)

Essa preponderância resta caracterizada pelo fato de que a atividade fim realizada pela parte autora é a entrega, mediante pagamento, do certificado digital, que é fundamentalmente um software desenvolvido e comercializado de forma padronizada, sem que haja personalização no seu desenvolvimento.

No caso dos autos, não restou provada 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.”

O precedente recebeu a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ISSQN. PROGRAMAS DE COMPUTADOR (SOFTWARE). CERTIFICAÇÃO DIGITAL.

Pelo que se infere dos autos, a produção de certificados digitais pela parte autora não se dá de forma personalizada, mas geral, disponível a qualquer consumidor que se disponha a pagar pelo produto. Não se denota a produção individualizada/específica



MB

Nº 70079125381 (Nº CNJ: 0277750-60.2018.8.21.7000)
2018/Cível

para cada cliente do software, mas elaboração em larga escala, o que afasta a incidência do ISSQN, segundo os precedentes do STF, STJ e TJRS.

À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Ademais, cabível interpretação analógica a partir do entendimento adotado por esta Corte Estadual a respeito dos softwares produzidos em massa, do que são exemplo os julgados adiante citados:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROGRAMAS DE COMPUTADOR (SOFTWARE). COMERCIALIZAÇÃO. NATUREZA DA OPERAÇÃO. COMPRA E VENDA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ICMS OU ISSQN. A produção em massa de programas de computador e a revenda de exemplares da obra intelectual por terceiros que não detêm os direitos autorais que neles se materializam não caracterizam licenciamento ou cessão de direitos de uso da obra, mas genuínas operações de circulação de mercadorias, sujeitas ao ICMS. A incidência do ISS fica reservada para as situações de nítida prestação de serviço, como no caso de o contrato prever a possibilidade de adaptações do programa ao cliente e o fornecimento de suporte técnico e manutenção sem ônus adicionais. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70035850031, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 01/12/2010).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS. AGRAVO EM JULGAMENTO MONOCRÁTICO. (...) DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. CESSÃO DE USO DE SOFTWARE. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE LIMINAR DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Segundo a jurisprudência das Cortes Superiores, incide o ISS sobre as operações com programas de computador desenvolvidos por encomenda, para determinado cliente, de forma personalizada. Quando o programa é criado e vendido de forma impessoal, adquirido pelos clientes como uma mercadoria qualquer, há uma venda, gravada com o ICMS. Situação em que não foram trazidos elementos documentais suficientes, que permitissem definir a natureza da cessão realizada pela empresa impetrante, traduzida nas cópias das notas fiscais acostadas, se customizada ou generalizada. HIPÓTESE DE NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 2. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70032826513, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 19/11/2009).

Por fim, corroborando tudo o quanto já exposto, cumpre destacar que a Coordenadoria-Geral de Auditoria e Fiscalização do Instituto de Tecnologia e Informação exarou parecer em que enquadra o certificado digital como produto, afirmando como suas características a



MB

Nº 70079125381 (Nº CNJ: 0277750-60.2018.8.21.7000)
2018/Cível

tangibilidade, propriedade e posse do certificado, que é transferido ao comprador; o seu armazenamento físico; a validade e perecibilidade; bem como a separabilidade e padronização.

Ante o exposto, voto no sentido de desprover o apelo.

Em atenção ao disposto na norma do art. 85, §11, do CPC, considerando o trabalho adicional desempenhado nesta instância recursal e os vetores previstos nos §§ 2º e 3º, majoro os honorários sucumbenciais em favor do patrono da parte autora ao patamar de 12% sobre o valor da causa.

DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH - Presidente - Apelação Cível nº 70079125381, Comarca de Porto Alegre: "DESPROVERAM O APELO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: JOAO PEDRO CAVALLI JUNIOR