

*Supremo Tribunal Federal*

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA  
D.J. 11.12.98  
EMENTÁRIO Nº 1 9 3 5 - 0 2

305

10/11/98

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 176.626-3 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE  
RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO: PGE-SP - PATRICIA DE OLIVEIRA GARCIA  
RECORRIDO: MUNPS PROCESSAMENTO DE DADOS LTDA  
ADVOGADO: AUREO SANDOVAL CRESPO E OUTROS

EMENTA: I. Recurso extraordinário : prequestionamento mediante embargos de declaração (Súm. 356).

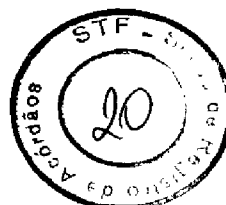
A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual "não foram opostos embargos declaratórios". Mas se, opostos, o Tribunal a quo se recusa a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte (RE 210.638, Pertence, DJ 19.6.98).

II. RE: questão constitucional: âmbito de incidência possível dos impostos previstos na Constituição: ICMS e mercadoria.

Sendo a mercadoria o objeto material da norma de competência dos Estados para tributar-lhe a circulação, a controvérsia sobre se determinado bem constitui mercadoria é questão constitucional em que se pode fundar o recurso extraordinário.

III. Programa de computador ("software"): tratamento tributário: distinção necessária.

Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de "licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador" - matéria exclusiva da lide -, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo - como a do chamado "software de prateleira" (off the shelf) - os quais, materializando o *corpus mechanicum* da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio.



A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília, 10 de novembro de 1998.

MOREIRA ALVES

-

PRESIDENTE

SEPÚLVEDA PERTENCE

-

RELATOR

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 176.626-3 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE  
RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO: PGE-SP - PATRICIA DE OLIVEIRA GARCIA  
RECORRIDO: MUNPS PROCESSAMENTO DE DADOS LTDA  
ADVOGADO: AUREO SANDOVAL CRESPO E OUTROS

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - RE, a, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que julgou procedente ação declaratória ajuizada pela recorrida, visando ao reconhecimento da não-incidência do ICMS sobre operações de "licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador". Lê-se no aresto recorrido (f. 293/296):

"A r. sentença deve ser mantida.

Com efeito, o programa de computador não é objeto de venda, vez que pertence sempre ao seu criador. Tal se dá nos moldes do art. 27 da Lei de Software (Lei n. 7.646/87), verbis:

"A exploração econômica de programas de computador, no País, será objeto de contratos de licença ou de cessão, livremente pactuados entre as partes."

Nem se diga que o suporte físico (disquete ou chip) é mercadoria, pois, in casu, a preponderância é o programa nele contido. Dessa forma decidiu este E. Tribunal de Justiça, nos autos da apelação cível n. 126.690-1, ao dizer que:

"Não se confunde, pois, software com o correspondente suporte (disquete, fita cassete ou chip), que se constitui em seu corpo mecânico (assim como o disco é o suporte da



música, esta a obra intelectual protegida)... E, nessa definição, ingressam todos os elementos componentes do software, desde o código-fonte, diagramas e manuais de instruções com o texto descritivo" (cf. Carlos Alberto Bittar, A Lei de Software e seu Regulamento, 1ª ed., Forense, 1998, n. 12, pp. 18-19)."

Ademais, o Código de Propriedade Industrial prevê que o titular de privilégio depositado ou concedido, seus herdeiros e sucessores, poderão conceder licença para sua exploração.

Acrescente-se, ainda, a decisão proferida por esta E. 16ª Câmara, nos autos da apelação n. 192.456-2/5, em que foi relator o E. Des. Bueno Magano, cuja cópia encontra-se juntada, por determinação deste relator, às fls. 255/256. Destaca-se, ainda, na referida apelação, a declaração de voto vencedor do E. Des. Marcello Motta, verbis:

"Meu voto também acompanhou o do ilustrado Relator, pois pareceu-me que a tributação do software pelo ICMS caracterizaria invasão do Estado na competência tributária do Município.

O programa de computador ou software constitui bem intelectual regido pelas Leis nºs 5.988/73 (Lei dos Direitos Autorais) e 7.646/87 (Lei do Software), esta regulamentada pelo Decreto nº 96.036/88.

Consoante a teoria da preponderância, o conceito de serviços é mais racionalmente assimilável nessa área que o da circulação de mercadoria, restrito este último ao do simples suporte físico (ou disquete), desvinculado do conteúdo, que envolve a criação intelectual."

Apreciando fato superveniente (legislação juntada), nos moldes do art. 462 do CPC, tem-se que em nada interfere ele nesta decisão, eis que, como dito, 'a tributação do software pelo ICMS caracterizaria invasão do Estado na competência tributária do Município' (Voto

vencedor do Des. Marcello Motta, já transcrito). Assim, esse fato apenas confirma que o Estado busca, de todas as formas, tributar o programa para computador que, pela teoria de preponderância, como dito, supera o mero suporte físico. Demais disso, aqui a apelada pleiteou apenas a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária em razão de atos negociais com programas (fls. 22).

Ante tais motivos, nega-se provimento aos recursos voluntário e oficial."

Visando ao prequestionamento dos arts. 24, 155, I, b, e 156, IV, da Constituição (redação anterior à EC 3/93), dos arts. 1º, 24, 25 e 27 da L. 7646/87 e dos parágrafos 1º e 2º do art. 8º do DL 406/68, opôs o Estado embargos declaratórios, que acabaram rejeitados, sumariamente, à consideração de que "o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar sua decisão" (f. 304). Foram interpostos, então, os recursos extraordinário e especial.

No RE, deixa claro o recorrente que não pretende cobrar o imposto sobre a venda de programas feitos sob encomenda "para atender às necessidades específicas de um cliente", quando o que se tem é serviço típico, sujeito, em princípio, à competência tributária dos Municípios. É diferente, no entanto - diz o Estado - "a hipótese do chamado 'software de prateleira' que, como o nome sugere, encontra-se à venda em indistintos pontos, servindo a uma gama tão grande de usuários que pode também ser chamado de 'software produto', já que é produzido em série, atendendo a um número infinito e indefinido de usuários". Aí, arremata, o que existe é circulação de mercadoria, não prestação de serviço.



Argumentou o Estado (f. 314/315):

"No caso dos programas de computador, há que se fazer certas distinções, a fim de atender às peculiaridades da questão. Com efeito, não se nega que o 'software' seja fruto de uma produção intelectual do programador e que, por isso, optou o legislador pátrio por protegê-lo como se protege o direito autoral.

Todavia, o fato de ser o programa de computador protegido pela lei dos direitos autorais não implica no fato de não se poder caracterizá-lo como mercadoria.

Quem adquire um livro, por exemplo, não obstante possa ter o domínio sobre o objeto corpóreo que o mesmo representa, não adquire propriedade sobre a obra intelectual nele contida. Da mesma forma o programa de computador: quem adquire o disquete contendo o programa, passa a ter o domínio sobre o disquete e não sobre a obra intelectual que ele contém.

Da mesma forma, um programa de computador pode ser reproduzido em escala industrial e vendido no mercado como acontece, por exemplo com os processadores de texto compatíveis com a linha de computadores IBM PC/XT, tais como o "Carta Certa" e o "Wordstar". Qualquer pessoa pode entrar em uma loja de suprimentos de artigos para informática e adquirir um programa sem que lhe seja prestado qualquer tipo de serviço pelo autor do programa.

Há que se destacar que o legislador, quanto tornou os programas de computador passíveis de proteção pela lei de direitos autorais, quis evitar a reprodução e comercialização desautorizados, isto é, a venda de programas "piratas".

Assim sendo, os programas de computador, uma vez reproduzidos em escala industrial e colocados à venda em lojas, que formam estoques, tornam-se mercadorias circuláveis. As operações de circulação, por sua vez, são fato gerador do ICMS."

Nesse arrazoado apóia o Estado a alegação de contrariedade ao art. 155, I, b, CF, "que outorgou aos Estados competência para instituição de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias". Sustenta, por outro lado, que ao situar na competência dos Municípios a tributação da atividade em causa, o acórdão ofendeu o art. 156, IV, CF, pois a comercialização de programas de computador não está definida na lei complementar a que alude o citado dispositivo.

O Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao REsp, reafirmando a tese de que o software, por não ser mercadoria, está excluído do campo de incidência do ICMS. Lê-se no voto condutor dessa decisão, da lavra do em. Min. Garcia Vieira (f. 421/424):

"Como se vê, a questão se resume em se saber se incide ou não o ICMS nos licenciamentos e cessões de direito de uso de programas de computadores, realizados pela recorrida.

A Lei n° 7.646, de 18 de dezembro de 1987, em seu artigo 1°, parágrafo único, define o programa de computador como "a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos, periféricos, baseados em técnica digital, para fazê-los funcionar de modo e fim determinados". Orlando Gomes, no livro "A Proteção Jurídica do Software", edição 1.985, entende que:

"Na área da Informática, a computação exige o processamento de programas cuja elaboração pessoal requer do programador criatividade, isto é, um esforço intelectual, original em suas composição e em sua expressão. O conjunto de procedimentos necessários ao processamento dos dados no computador, universalmente conhecido como "software",



indispensável ao seu funcionamento, depende de programas elaborados por especialistas e transmitidos ao computador em linguagem de máquina como comandos, em seqüência lógica de instruções e dados destinados a informar o usuário ou utente." (página 02)

O programa de computador não se confunde com o seu suporte físico (disquete, fita cassete ou chip). Não é uma coisa material corpórea e não pode ser considerado mercadoria, para fins de incidência do ICMS. Orlando Gomes, na obra citada (página 02), esclarece que:

"O entendimento dominante é de que esse trabalho é atividade criativa de quem o executa e que o seu resultado é uma obra (serviço) original, que exige esforço intelectual típico da personalidade do seu criador. Admitido, como é, de resto, que a criação, na obra intelectual, pode consistir na forma de expressão, no padrão intelectual, assim como na coleta, seleção, subdivisão e arranjo criativo da matéria apresentada..." (página 02)

Para ele o programa de computador é um serviço.

Os programas de computador são protegidos pela Lei n° 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que regula os direitos autorais (Lei n° 7.646/87, artigo 2°).

O titular dos direitos de comercialização de programas de computador é obrigado a prestar serviços técnicos aos respectivos usuários, durante determinado prazo (Lei n° 7.646/87, artigo 24). Sua exploração econômica no País "será objeto de contratos de licença ou de cessão..." (artigo 27).

Em projeto de lei aprovado pelo Conselho Nacional de Informática e Automação (doc. de fls. 102/107), os programas de computador são considerados, para todos os fins, inclusive para efeitos tributários, como serviços (artigo 19).

O Governo de Santa Catarina, através da Lei n° 8.289, de 04 de julho de 1991 (doc. de fls. 119), acrescentou ao artigo 4° da Lei n° 7.547, de 27 de janeiro de 1989, o item IX, com a seguinte redação:





"Artigo 4° - O imposto não incide sobre operações e prestações:

.....

IX - Saída ou fornecimento de programas para computador, personalizados ou não, exceto em relação ao valor dos suportes informáticos, "mouses", eprons, placas e materiais similares." (fls. 119)

O próprio Governo do Estado de São Paulo, com a Lei n° 8.198, de 15/12/92 (doc. de fls. 281), dispensou do pagamento de ICMS o programa para computador. O artigo 3°, item II da referida norma estadual estabeleceu que:

"Artigo 3° - Fica dispensado o pagamento do Imposto de Circulação de Mercadorias - ICM e do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS em relação a operações ocorridas até a data da publicação desta lei, com:

I .....

II - programa para computador ("software") personalizado ou não." (doc. de fls. 282)

O programa de computador não é vendido. Sua exploração econômica é através de "contratos" de licença ou de cessão..." (Lei n° 7.646/87, artigo 27).

O imposto a ser cobrado é apenas o ISS que tem como fato gerador "a prestação por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa" (artigo 8°, caput do Decreto-lei n° 406/68). O serviço de programação pode ser incluído nos itens 22 e 24 e está sujeito apenas ao ISS (artigo 8°, parágrafo 1° do Decreto-lei n° 406/68).

Assim, não resta a menor dúvida de que a exploração econômica de programas de computador, mediante contratos de licença ou de cessão, está sujeita apenas ao



*ISS. Sobre ela não incide Imposto de Circulação de Mercadorias."*

O il. Subprocurador-Geral Flávio Giron opina pelo não conhecimento do RE, por falta de prequestionamento, pois, suscitada a matéria constitucional em embargos de declaração, mas negando-se o tribunal a quo a pronunciar-se a respeito, impunha-se a interposição do recurso por negativa de prestação jurisdicional, como assentado pela Segunda Turma no AGRAG 136.378, da lavra do em. Min. Marco Aurélio.

*"Ademais", conclui o parecer, "vale observar que o artigo 155, inciso I, do texto constitucional refere-se à competência dos Estados e Distrito Federal para instituir impostos sobre transmissão "causa mortis" e doação, não possuindo, inclusive, alíneas; e que não existe o inciso IV, do artigo 156, da Carta Federal. Portanto, os preceitos apontados como violados não se referem à Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços."*

É o relatório.



10/11/98

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 176.626-3 SÃO PAULO

V O T O

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator):** Rejeito a preliminar de falta de prequestionamento suscitada no parecer do Ministério Público. Como acentuei no julgamento do RE 210.638 (DJ 19.6.98), verbis:

"...a rejeição dos embargos não impede que, no julgamento do recurso extraordinário, se considere prequestionada a matéria neles veiculada, como resulta, a contrario sensu, da Súmula 356, desde que sobre essa matéria tivesse de pronunciar-se o órgão julgador.

A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual "não foram opostos embargos declaratórios". Mas, se opostos, o Tribunal **a quo** se recuse a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte. Não desconheço opiniões em contrário no Tribunal (cf. **e.g.**, RE 208639, Inf. STF nº 78). Estou, porém, **data venia**, em que reclamar ainda aqui a interposição de recurso extraordinário para, reconhecida a nulidade do acórdão que se negou a completar a decisão, compelir a tanto o Tribunal **a quo** para só depois admitir o recurso de mérito é formalismo incompatível com a instrumentalidade, a economia e, de conseqüência, a efetividade do processo, cuja inadequação sobe de ponto em tempos de congestionamento da Justiça como o que vivemos."

No caso, procurou o Estado, oportunamente, mediante embargos declaratórios, ver discutido sob ângulo constitucional o problema da conceituação do software como mercadoria, satisfeita, com a interposição deles, a exigência do prequestionamento (Súmula 356).



É evidente, por outro lado, que ao invocar os arts. 155, I, b, e 156, IV, da Constituição, o recorrente tinha em vista a redação original dos arts. 155 e 156, isto é, o arranjo de incisos e alíneas anterior à EC 3/93: a clareza da argumentação deduzida e a circunstância de a referida emenda não haver modificado em absolutamente nada a disciplina da matéria não permitem que se imponha ao recorrente, pelo deslize, a condenação alvitrada no parecer.

A dificuldade que de fato encontrei na admissibilidade do recurso advinha do trânsito em julgado da decisão do STJ: com efeito, se se entendesse que a matéria aqui debatida tem solução bastante no plano da legislação ordinária, a motivação infraconstitucional daquele aresto haveria de ser tida como suficiente à manutenção do julgado e o STF já não poderia enfrentar o problema constitucional veiculado no recurso extraordinário.

Não me parece, no entanto, que a lei ordinária possa oferecer solução satisfatória, e muito menos definitiva, à questão posta nos autos.

A controvérsia, a meu ver, é insolúvel sem a precisão do conceito de "mercadoria", contido no art. 155, II, CF, e essencial à demarcação do âmbito constitucional de incidência possível do ICMS, incluído por aquele dispositivo na competência do Estado.

Passo ao exame do mérito do recurso.

Estou, de logo, em que o conceito de mercadoria efetivamente não inclui os bens incorpóreos, como os direitos em geral: mercadoria é bem corpóreo objeto de atos de comércio ou destinado a sê-lo.



Ora, no caso, o que se pretende é a declaração de inexistência de relação jurídica de natureza tributária entre a autora e o Estado, relativamente às operações de "licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador": trata-se, pois, de operações que têm como objeto um *direito de uso*, bem incorpóreo insuscetível de ser incluído no conceito de mercadoria e, conseqüentemente, de sofrer a incidência do ICMS.

Essas, com efeito, a caracterização e a conseqüente modalidade de proteção jurídica do software consagrados no direito comparado.

"O que individualiza o software em relação aos outros instrumentos a serviço da informação" - assinala Rui Saavedra, em preciosa monografia acadêmica apresentada à Universidade de Coimbra ("A Proteção Jurídica do Software e a Internet, Don Quixote, Lisboa, 1998, p. 106/107) - "é a sua natureza imaterial na medida em que ele mesmo é constituído por informação - a qual não tem substância tangível, e é, em si, um bem imaterial. O software apresenta-se, pois, como um produto, simultaneamente, utilitário e imaterial. Sendo o software um dos chamados 'bens informacionais' ou 'produtos de informação', ele não pode ser objecto duma protecção eficaz contra os actos dos não proprietários. Tal protecção só poderá relevar do Direito Intelectual, ou seja, através da organização de um 'direito de exclusivo' a favor daqueles que elaboram o software".

É esse "direito de exclusivo" - que não é mercadoria, nem se aliena com o licenciamento de seu uso -, que se deve declarar fora do raio de incidência do ICMS, como exatamente concluíra, nos lindes do pedido, a decisão recorrida.

Dessa exclusão, entretanto, não resulta que de logo se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do



mesmo tributo a circulação de cópias ou exemplares de programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo, isto é, do chamado "software de prateleira".

Procede, com efeito, a distinção conceitual em que insiste o Estado.

Classifica Rui Saavedra (ob. cit., p. 29) os programas de computador, segundo o grau de standardização, em três categorias: os programas standard, os programas por encomenda e os programas adaptados ao cliente.

"Os **programas standard**", observa o autor, "constituem, em regra, pacotes (packages) de programas bem definidos, estáveis, concebidos para serem dirigidos a uma pluralidade de utilizadores - e não a um utilizador em particular -, com vista a uma mesma aplicação ou função. São, portanto, concebidos para tratamento das necessidades de uma mesma categoria de utilizadores (por exemplo, a contabilidade dos escritórios de advogados). Mas possibilitam uma configuração adequada para que cada utilizador, em concreto, encontre solução para a sua realidade específica - serão o "esqueleto" a que falta o "revestimento muscular". São como que "vestuário de pronto-a-vestir". Este software "produto acabado", é aquilo que os franceses denominam progiciel, neologismo criado partindo dos termos "produit" e "logiciel". Alguns destes programas - dependendo da sua compatibilidade - podem ser utilizados em diferentes equipamentos. São programas fabricados em massa e, como são vocacionados a um vasto público, são até comercializados nos hipermercados - daí que também se fale aqui de software "off the shelf". O seu desenvolvimento comercial chegou a proporções tais que movimenta cifras de vários milhões. Alguns desses programas proporcionaram fortunas aos seus criadores".



Já os programas "por encomenda" ou "à medida do cliente" são desenvolvidos a partir do zero para atender às necessidades específicas de um determinado usuário. Escreve a propósito Rui Saavedra (loc. cit., p. 29/30):

"Em todo o mundo, os serviços informáticos das empresas desenvolvem programas para atender às necessidades internas. Mas, paralelamente, há empresas produtoras de software (as chamadas software houses) que fazem programas para os seus clientes conforme o pedido e as solicitações destes, e que visam satisfazer as respectivas necessidades específicas. Trata-se de "**programas aplicativos**", que geralmente não se mantêm estáveis e acabados como os "**programas standard**"; pelo contrário, são continuamente adaptados, corrigidos e melhorados para responder aos requisitos internos e externos das empresas."

Por fim, "os **programas adaptados ao cliente** (customized) constituem uma forma híbrida entre os programas **standard** e os programas à medida do cliente. Baseiam-se em programas **standard** que são modificados para se adequarem às necessidades de um cliente particular (customization). Essa adaptação pode ser realizada tanto pelo fornecedor do programa como pelo próprio utilizador".

Seja qual for o tipo de programa, contudo, é certo, não se confundirão a aquisição do exemplar e o licenciamento ou cessão do direito de uso, também presente até quando se cuide do software "enlatado" ou "de prateleira".

"Nas relações com os seus clientes" - ensina Rui Saavedra (ob. cit., p. 79) - "a empresa produtora de software surge como proprietária do software que ela cria e comercializa, quer se trate de software standard, comercializado em massa, quer de software concebido especificamente em função das necessidades de um

utilizador em particular. Com efeito, mesmo neste último caso, a propriedade do software permanece, habitualmente, na titularidade da empresa que o realizou; mas nada impede que as partes estipulem o contrário, no caso de o cliente querer proteger o seu investimento solicitando que lhe seja cedida a propriedade do software, se ele tiver financiado totalmente os custos de desenvolvimento”.

“Diferentemente sucede” - assinala o autor - “nas relações com o utilizador de um software standard, porque este vocaciona-se a ser comercializado junto de uma clientela potencialmente vasta: a propriedade do software em si, normalmente, nunca é cedida ao cliente, apenas um direito de uso não exclusivo. Isso não obsta a que se considere que o cliente adquire as “manifestações físicas” do software, com todas as prerrogativas ligadas a esta propriedade, se a licença de uso lhas tiver concedido a título definitivo e por um preço”.

Os contratos de licenciamento e cessão são ajustes concernentes aos direitos de autor, firmados pelo titular desses direitos - que não é necessariamente, o vendedor do exemplar do programa - e o usuário do software.

No caso do software-produto, esses ajustes assumem, geralmente, a forma de contratos de adesão, aos quais o usuário se vincula tacitamente ao utilizar o programa em seu computador. As cláusulas desses contratos - voltadas à garantia dos direitos do autor, e não à disciplina das condições do negócio realizado com o exemplar - limitam a liberdade do adquirente da cópia quanto ao uso do programa, estabelecendo, por exemplo, a proibição de uso simultâneo do software em mais de um computador, a proibição de aluguel, de reprodução, de decomposição, de separação dos seus componentes e assim por diante.

6 



Segundo Carlos Alberto Bittar ("Contratos de Comercialização de Software" in "Novos Contratos Empresariais", Editora Revista dos Tribunais, p. 39), verbis:

"O contrato de licença (licensing) é aquele através do qual o titular de direitos concede a outrem o uso do bem, nos fins e pelas condições convencionadas, podendo revestir-se, ou não, de exclusividade.


Pode, pois, ser celebrado diretamente entre o titular (ou seus representantes) e o interessado, mas também por intermédio de distribuidores, que atuam na colocação aos usuários. Cabe, ainda, na relação entre o criador do programa e a empresa autorizada a comercializá-lo.

Normalmente, com esse contrato o autor recebe remuneração em função da concessão de direitos a vários interessados, nos termos de ajustes celebrados com cada um, podendo formar-se, a partir daí redes de distribuição de software, inclusive de âmbito extranacional, mas permanecendo sob sigilo a fórmula do programa. (...)

O contrato deve indicar, com precisão, o bem envolvido, descrevendo-o de forma a individualizá-lo, e enunciar: os usos correspondentes e a respectiva extensão no tempo e no espaço; as finalidades da contratação; a remuneração do titular e o modo de pagamento; os mecanismos de prestação de contas; a possibilidade, ou não, de sublicenciamento e outras cláusulas próprias. (...)

Mesmo quando negocia todos os direitos patrimoniais disponíveis, conserva o titular o controle de sua criação, podendo exercer fiscalização sobre os usos concedidos e tomar medidas tendentes à proteção de seu interesse, em caso de violação a seus direitos.

Já Correa, Espeche, Zalzuendo e Batto ("Derecho Informático", Depalma, p. 184/185), depois de observarem que "el software, particularmente en su forma estándar, se ha convertido en un objeto de comercio, una mercaderia comercializada en distintas formas, según su función y su grado de estandarización", esclarecem:

7 

"La naturaleza jurídica de los acuerdos contractuales puede variar considerablemente, según el tipo de software transferido, y conforme al alcance de las obligaciones del proveedor:

1) La venta, o más propiamente dicho, la cesión de derechos con respecto al software implica la transferencia de los derechos de propiedad que corresponden al proveedor; esta modalidad resulta infrecuente para los paquetes de software, pero es normal en los contratos para el desarrollo de software a medida, conforme al cual el cliente se convierte en el propietario de los programas desarrollados;

2) El contrato de licencia es el acuerdo contractual más común, particularmente para los paquetes de software. Esta modalidad se basa en la existencia de un derecho de propiedad que es retenido por el proveedor, mientras autoriza su uso."

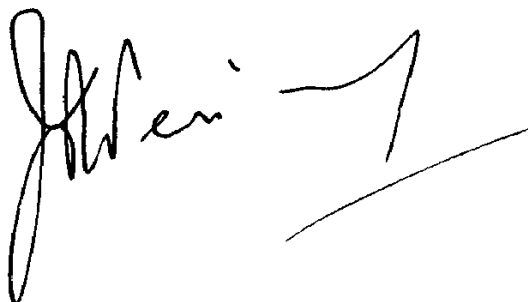
O licenciamento, como disse, não se confunde com as operações realizadas com o exemplar do programa. Nesse sentido, observa o já citado Rui Saavedra que, verbis (ob. cit., p. 79/80)

"... quando o software standard é licenciado - a licença é uma permissão para fazer algo que de outro modo seria ilícito -, há na verdade dois contratos: por um lado, um contrato para que sejam fornecidas as manifestações físicas do software; e por outro, um contrato para atribuição de uma licença de uso do software. O contrato pelo qual o cliente é investido na posse do software será um contrato de compra e venda ou de doação se a propriedade sobre os meios físicos for transmitida ao licenciado; se não houver essa transmissão, tratar-se-á de um contrato de locação ou, porventura, de comodato. Mas o contrato de licença subsiste paralelamente, e é importante porque - como veremos - os produtores de software, após a entrega do exemplar do software, continuam preocupados em proteger os direitos de propriedade intelectual sobre o software por eles criado, e em impor restrições ao uso do software entregue."

De fato. O comerciante que adquire exemplares para revenda, mantendo-os em estoque ou expondo-os em sua loja, não

assume a condição de licenciado ou cessionário dos direitos de uso que, em consequência, não pode transferir ao comprador: sua posição, aí, é a mesma do vendedor de livros ou de discos, que não negocia com os direitos do autor, mas com o corpus mechanicum de obra intelectual que nele se materializa. Tampouco, a fortiori, a assume o consumidor final, se adquire um exemplar do programa para dar de presente a outra pessoa. E é sobre essa operação que cabe plausivelmente cogitar da incidência do imposto questionado.

A distinção é, no entanto, questão estranha ao objeto desta ação declaratória, reduzido ao licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador, bem incorpóreo sobre o qual, não se cuidando de mercadoria, efetivamente não pode incidir o ICMS; por isso, não conheço do recurso: é o meu voto.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 176.626-3

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

RECTE. : ESTADO DE SÃO PAULO

ADV. : PGE-SP - PATRICIA DE OLIVEIRA GARCIA

RECD. : MUNPS PROCESSAMENTO DE DADOS LTDA

ADV. : AUREO SANDOVAL CRESPO E OUTROS

**Decisão:** A Turma não conheceu do recurso extraordinário.  
Unânime. 1ª. Turma, 10.11.98.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

Ricardo  Dias Duarte  
Coordenador