

02/03/99

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 199.464-9 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO

RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: RENATA MACHADO DE ASSIS FORELLI NICOLAU E OUTRO

RECORRIDO: BRASOFT PRODUTOS DE INFORMATICA LTDA

ADVOGADO: AUREO SANDOVAL CRESPO E OUTROS

RECORRIDO: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: REGIS PALLOTTA TRIGO

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ESTADO DE SÃO PAULO. ICMS. PROGRAMAS DE COMPUTADOR (**SOFTWARE**). COMERCIALIZAÇÃO.

No julgamento do RE 176.626, Min. Sepúlveda Pertence, assentou a Primeira Turma do STF a distinção, para efeitos tributários, entre um exemplar **standard** de programa de computador, também chamado "de prateleira", e o licenciamento ou cessão do direito de uso de **software**.

A produção em massa para comercialização e a revenda de exemplares do **corpus mechanicum** da obra intelectual que nele se materializa não caracterizam licenciamento ou cessão de direitos de uso da obra, mas genuínas operações de circulação de mercadorias, sujeitas ao ICMS.

Recurso conhecido e provido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator.

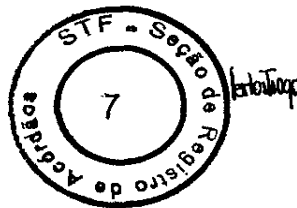
Brasília, 02 de março de 1999.

MOREIRA ALVES -

PRESIDENTE

ILMAR GALVÃO -

RELATOR



02/03/99

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 199.464-9 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO
RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO: RENATA MACHADO DE ASSIS FORELLI NICOLAU E OUTRO
RECORRIDO: BRASOFT PRODUTOS DE INFORMATICA LTDA
ADVOGADO: AUREO SANDOVAL CRESPO E OUTROS
RECORRIDO: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO: REGIS PALLOTTA TRIGO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): Recurso que, na forma do art. 102, III, **a**, da Constituição, foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que exonerou comerciante de disquetes contendo programas para computadores (**software**) da obrigação de recolher ICMS, por considerar a operação como sujeita ao ISS.

Sustentou o recorrente haver a referida decisão ofendido os arts. 155, I, **b**, e 156, IV, da Carta Federal, tendo em vista que os programas de computador, a seu ver, quando reproduzidos em escala industrial e colocados à venda em lojas, tornam-se mercadorias circuláveis, configurando a operação de circulação fato gerador do ICMS.

O recurso, regularmente processado, foi admitido na origem, havendo a douta Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Fávila Ribeiro, opinado pelo não-provimento.

Houve simultâneo recurso especial, que não foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

* * * * *

emo

02/03/99

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 199.464-9 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): De acordo com a sentença, que acabou reformada pelo acórdão ora recorrido (fl. 572):

"Efetivamente, a atividade da autora é de produção ou reprodução de programa de computador e sua comercialização. No tocante à obra intelectual esta não lhe pertence, mas, sim, à MICROPO, mas mesmo que fosse ela a criadora, assim mesmo, incidiria o ICM/ICMS."

O acórdão, todavia, para reformar a sentença, entendeu que "a autora não comercializa suporte físico (disquete), mas dele se utiliza para transferir o conhecimento que, por direito, detém" (fl. 703).

Não é esse, entretanto, o entendimento que predomina no STF acerca da matéria.

Com efeito, no RE nº 176.626, que cuidou da hipótese de cessão de direito de uso de programas de computador, assentou o voto do eminente Relator, Min. Sepúlveda Pertence, acolhido por unanimidade, a distinção existente entre programas **standard**, destinados a uma pluralidade de utilizadores, fabricados em massa e comercializados até nos supermercados e os programas destinados ao atendimento das necessidades específicas de um determinado usuário, preparados a pedido e de acordo com as solicitações deste.



Restou então assentado, **verbis**:

"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 de **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 de **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, neste nesse 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 lhe tiver concedido a título definitivo e por um preço".

E conclui:

"... O comerciante que adquire exemplares para revenda (bem como o industrial que os produz, acresça-se), 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

13

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 de programa para dar de presente a outra pessoa."

Tratando-se, no caso dos autos, da hipótese descrita, é fora de dúvida que se cuida de operações de circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de conhecer do recurso, para o fim de dar-lhe provimento.

* * * * *



emo

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 199.464-9

PROCED. : SÃO PAULO
RELATOR : **MIN. ILMAR GALVÃO**
RECTE. : ESTADO DE SÃO PAULO
ADV. : RENATA MACHADO DE ASSIS FORELLI NICOLAU E OUTRO
RECDO. : BRASOFT PRODUTOS DE INFORMATICA LTDA
ADV. : AUREO SANDOVAL CRESPO E OUTROS
RECDO. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADV. : REGIS PALLOTTA TRIGO

Decisão: A Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª. Turma, 02.03.99.

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

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


Ricardo Dias Duarte
Coordenador