

RESPONSABILIDADE CIVIL

CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO

Recurso

RE 176.626

GRAVAÇÃO EM SÉRIE — QUANDO INCIDE ESTE - QUANDO INCIDE O ISS

RESUMO

- Trata-se, como visto, de saber se a comercialização de fitas gravadas de videocassete configura operação relativa à circulação de mercadorias, tributável pelos Estados, ou prestação de serviços, tributável pelos Municípios. - No julgamento dos Recursos Extraordinários 179.560, 194.705 e 196.856 (Galvão, 30.03.1999, Informativo 144), a 1.^a T. se orientou no sentido da tese sustentada pelo recorrente, afirmando a legitimidade da incidência do ICMS na venda de fitas de videocassete gravadas em escala industrial e postas à disposição do público (consumidores finais, revendedores, locadoras de vídeo etc.). Esse entendimento já havia sido prenunciado na decisão do RE 176.626 (DJ 11.12.1998), de que fui relator, em que se discutiu sobre incidência, ou não, do ICMS, no licenciamento de programas de computador. Acentuei, então, em meu voto: "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 consagradas 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 (op. 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 proporcionar

EMENTA

Tratando-se de exemplar de uma obra oferecida e comercializada ao público em geral, as fitas de videocassete gravadas em série assumem o qualificativo de mercadoria, sujeitando-se à incidência do ICMS; porém, se o produto final é um serviço realizado sob encomenda, para atender à necessidade específica de determinado consumidor, tem-se a hipótese de incidência do ISS.