

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5003366-77.2010.404.7205/SC

RELATOR : JORGE ANTONIO MAURIQUE

APELANTE : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL

APELADO : BRANDILI TÊXTIL LTDA

ADVOGADO : DOUGLAS HEIDRICH

: NELSON ANTONIO REIS SIMAS JUNIOR

EMENTA

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. IRRF. PROGRAMA DE COMPUTADOR (SOFTWARE MUNDIALMENTE COMERCIALIZADO - OFF SHELF). ATUALIZAÇÃO PELA SELIC.

A contraprestação pela aquisição de *software* mundialmente comercializado não consiste em pagamento de *royalties*, não sendo devido o pagamento de IRRF, uma vez que essas operações, envolvendo programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo ajustam-se ao conceito de mercadorias.

A taxa SELIC, como índice único de correção monetária do indébito, incidirá a partir do pagamento indevido, merecendo provimento o apelo da União para afastar a aplicação dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e ao reexame necessário, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 20 de novembro de 2013.

Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **6236229v3** e, se solicitado, do código CRC **4E321A5D**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Jorge Antonio Maurique

Data e Hora: 25/11/2013 15:49

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5003366-77.2010.404.7205/SC

RELATOR : JORGE ANTONIO MAURIQUE

APELANTE : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL

APELADO : BRANDILI TÊXTIL LTDA

ADVOGADO : DOUGLAS HEIDRICH

: NELSON ANTONIO REIS SIMAS JUNIOR

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de restituição de indébito ajuizada por MALHARIA BRANDILI LTDA contra a UNIÃO objetivando 'seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes, condenando-se a Requerida à restituição do valor recolhido espontânea e indevidamente à Requerente (CTN 165, I), na importância atualizada de R\$ 25.057,07 (vinte e cinco mil e cinquenta e sete reais e sete centavos), pois 'a correção monetária deve incidir sobre os valores pagos indevidamente desde a data do pagamento, sendo aplicável a UFIR (jan/92 a dez/95), e a partir de 01/01/96, deve ser computada somente a taxa SELIC, excluindo-se qualquer índice de correção monetária ou juros de mora.'

Aduziu, em suma, que 'visando manter esse alto índice de tecnologia e desempenho dos petrechos tecnológicos de sua indústria, no dia 21 de setembro de 2006 a Requerente passou a negociar a compra dos aludidos softwares com a empresa Gerber Technology, INC., localizada em Nova Iorque - Estados Unidos (New York - USA), responsável pela fabricação dos programas, conforme pode ser observado pela Proforma Invoice (Fatura Proforma - documento que demonstra o pedido de compra das mercadorias) que segue anexa à inicial' [...] 'Tais produtos, que na época totalizavam a quantia de US\$ 46.000,00 (quarenta e seis mil dólares americanos), cujo valor convertido para a moeda nacional, na época, alcançava a monta de R\$ 101.200,00 (cento e um mil e duzentos reais), conforme planilha anexa (PLAN-05), desembarcaram no Brasil, mais especificamente no aeroporto de Joinville/SC, em 24 de novembro de 2006 (Declaração de Importação anexa - OUT-06). Ocorre que, quando da entrada de tais mercadorias (softwares) no país, a Fazenda Federal entendeu por bem efetuar a arrecadação de tributo com a seguinte capitulação: 0422 - Royalties e Pagamento de Assistência Técnica (cf. Comprovante de Arrecadação - OUT-07). Trata-se, portanto, de cobrança de Imposto de Renda, retido na fonte, com alíquota de 15%, por conta da entrada no país de programa de computador (software).' Sucede que 'Conforme afirmado alhures, para que houvesse a incidência do tributo em voga seria necessário que a Requerente tivesse adquirido os programas de computador para comercializar no país, ou, alternativamente, para uso próprio, sendo que, nessa hipótese, os aludidos softwares deveriam ser cópia única, isto é, desenvolvidos única e exclusivamente

para uso da Requerente. Nesse sentido, ausentes os dois fatos que legitimariam a incidência tributária. Quanto à primeira hipótese (comercialização de softwares no país), evidentemente tal hipótese não ocorre, pois basta analisar o contrato social da Requerente para perceber que o seu objeto social é universalmente contrário ao comércio de programas de computador. Seu objeto social é precipuamente fabricar e comercializar produtos do vestuário. No que tange à segunda hipótese (uso próprio com exclusividade), muito embora a Requerente efetivamente tenha adquirido os softwares para uso próprio, no intuito de otimizar e atualizar o seu maquinário, tal uso não é exclusivo, isto é, referidos programas são fabricados pela empresa Gerber Technology, INC. e comercializados mundialmente, para uma série de clientes. Para corroborar esta assertiva, vide declaração da referida empresa, cuja tradução juramentada também segue acostada à inicial (DECL-08). Portanto, constata-se que a cobrança do tributo acima apontado é incabível e ilegal, pois inexistente a hipótese de incidência e o respectivo fato gerador, de modo que a arrecadação do tributo afronta de morte o Princípio da Estrita Legalidade Tributária'. Deu à causa o valor de R\$ 25.057,07.

Citada, a União (Fazenda Nacional) contestou. Em síntese, pugnou pelo indeferimento da inicial, arguindo que 'a autora em nenhum momento comprovou suas alegações. Observa-se que os documentos relacionados à operação juntados aos autos (PLAN 5 e OUT 6) mencionam apenas a incidência de II, IPI, PIS e COFINS, não indicando a exigência de IR em razão da importação. Por outro lado, o documento de arrecadação anexado à inicial (OUT 07) não permite que se conclua que o recolhimento do tributo foi vinculado à aquisição do programa de computador. Ora, o que se vê é que a parte autora alega ter efetuado o pagamento do tributo, porém não junta qualquer documento hábil à comprovar que houve a exigência de IR sobre a referida operação. Muito pelo contrário, 'extrato de declaração de importação' (OUT 6) emitido pela DRFB aponta justamente para a não incidência do tributo sobre a operação'.

Houve réplica, com a qual foram acostados vários documentos.

Com vista dos documentos acostados, a ré alegou que 'Não obstante os indícios apontarem no sentido de que efetivamente o valor recolhido pela autora refere-se ao contrato em questão, inexistente qualquer demonstração nos autos acerca da imposição tributária pela Receita Federal ou mesmo de eventual resistência ao pagamento por parte da autora'. Ainda, acrescentou que a operação em foco foi realizada já sob a égide do RIR/99, que, em seu art. 710, prevê a incidência, em tais situações, da exação questionada.

Na sentença o pedido foi julgado procedente "para declarar a inexistência da relação jurídico-tributária pertinente, por conseguinte, condenar a requerida a restituir à autora o valor recolhido a título de IRRF em 30/11/2006 (RECEITA: 0422 - IRRF - ROYALTIES E ASSISTENCIA TECNICA -evento 22 - PET1) em decorrência da operação em questão (evento 1 - OUT4), acrescido, desde o recolhimento indevido, da SELIC e, a partir da sua vigência, tão-somente o art. 1º - F da Lei n.º 9.494/97." Custas, em ressarcimento, e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação, pela União.

Inconformada, a União apela. Alega que inexistem nos autos qualquer demonstração acerca da imposição tributária pela Receita Federal ou mesmo de eventual resistência ao pagamento por parte da autora. E "tal demonstração torna-se necessária porque a autora alega na inicial que o programa de computador adquirido foi erroneamente classificado pelo fisco como tributável, nos termos previstos na Portaria MF nº 181/1989. Contudo, não foi comprovado que essa classificação foi feita pela Receita Federal ou que a autora tenha sido compelida ao recolhimento." Assim, haveria falta de interesse de agir, pois se efetivamente a mercadoria adquirida não se enquadrava como tributável, não haveria imposição tributária sobre ela. E, "considerando que a operação foi efetuada em novembro de 2006, data em que o RIR/99 já estava em vigor, prevendo a incidência tributária sobre as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas para o exterior a título de royalties, a qualquer título, conclui-se pela obrigatoriedade do pagamento do Imposto de Renda, nada havendo a restituir."

Aduz que é devido o pagamento do imposto de renda sobre a importância paga a título de royalties, a qualquer título, nos termos do art. 710 do RIR/99, não havendo autorização legal para a isenção pleiteada. Invoca o art. 150, §6º, da CF.

Por fim, requer a reforma da sentença para que seja aplicada na atualização monetária apenas a taxa Selic.

Apresentadas as contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

Afasto a alegação de falta de interesse de agir porque a autora comprovou o pagamento do tributo e o direito à repetição, com a juntada dos documentos pertinentes, inclusive por ocasião da réplica.

No mérito, a questão foi bem examinada na sentença. Com efeito, o caso dos autos trata de aquisição de *software* pela autora que é comercializado mundialmente, ou seja, qualquer interessado pode adquiri-lo, porque não foi produzido especificamente para a autora. Assim, não se cogita de pagamento de IRRF porque não há *royalties* a serem pagos, tratando-se o *software* de mercadoria.

Reproduzo os fundamentos da sentença como razões de decidir:

Indeferimento da inicial: falta de documentos. A falta de acostamento à inicial de documentos, ainda que reputados indispensáveis, não determina, de imediato, o indeferimento da inicial, mas sua emenda. Esta que, no caso, revelou-se desnecessária, pois, quando da réplica eles vieram aos autos e sobre eles a parte-ré se manifestou, sem mesmo renovar, como se afeita da manifestação, qualquer objeção a essa circunstância.

Mérito.

No que aqui guarda pertinência, estabelece a Portaria MF 181/98:

1. Serão tributados na forma dos arts. 554 e 555, I, do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 85.450, de 4 de dezembro de 1980 - RIR/80, os rendimentos correspondentes a direitos autorais pagos a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior na aquisição de programas de computadores - 'software', para distribuição e comercialização no País ou para uso próprio, sob a modalidade de cópia única. (destaquei).

À época da operação, já vigorava o RIR/99, que prescreve:

Art. 710. Estão sujeitas à incidência na fonte, à alíquota de quinze por cento, as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas para o exterior a título de royalties, a qualquer título (Medida Provisória nº 1.749-37, de 1999, art. 3º). (destaquei).

Também a Medida Provisória n. 2.159-70, de 2001:

Art. 3º Fica reduzida para quinze por cento a alíquota do imposto de renda incidente na fonte sobre as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas ao exterior a título de remuneração de serviços técnicos e de assistência técnica, e a título de royalties, de qualquer natureza, a partir do início da cobrança da contribuição instituída pela Lei n. 10.168, de 29 de dezembro de 2000'. (destaquei).

Sucedo que, ao que se infere da declaração (evento 1 - DECL8), não infirmada, os softwares adquiridos pela autora são 'comercializados mundialmente, a fim de atender a grande maioria dos nossos usuários'. São os denominados 'software de prateleira' (off the shelf), produzidos em larga escala, de modo uniforme e colocado no mercado para aquisição por qualquer interessado.

E, se assim é, na esteira do melhor entendimento jurisprudencial, a contraprestação pela aquisição desse tipo de software não consiste em pagamento de royalties, uma vez que essas operações, envolvendo programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, ajustam-se ao conceito de mercadorias.

Nessa linha de raciocínio:

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. (STF, RE 199464, Relator(a): ILMAR GALVÃO). (destaquei).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. PRODUTOS DE INFORMÁTICA. PROGRAMAS [SOFTWARE]. CD-ROM. COMERCIALIZAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 176.626, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 11.12.98, fixou jurisprudência no sentido de que '[n]ão 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'. Precedentes. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE-AgR - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a):EROS GRAU).

Destarte, qualificando-se o software adquirido como mercadoria, não envolvendo, portanto, direito autoral a ensejar o pagamento de royalties, não há que se falar em incidência de

Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF tal qual ocorreu, pelo que, a autora faz jus à devolução dos valores indevidamente recolhidos sob esse título.

Dispositivo

Ante o exposto, rejeito a prefacial suscitada e, com base no inciso I do art. 269 do CPC, julgo procedente o pedido inicial para declarar a inexistência da relação jurídico-tributária pertinente, por conseguinte, condenar a requerida a restituir à autora o valor recolhido a título de IRRF em 30/11/2006 (RECEITA: 0422 - IRRF - ROYALTIES E ASSISTENCIA TECNICA - evento 22 - PET1) em decorrência da operação em questão (evento 1 - OUT4), acrescido, desde o recolhimento indevido, da SELIC e, a partir da sua vigência, tão-somente o art. 1º - F da Lei n.º 9.494/97.

Custas, em ressarcimento, e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação, pela União.

Sem reexame necessário, forte no § 2º do art. 475 do CPC.

Por fim, em um ponto o apelo da União merece acolhida: a atualização monetária incide desde a data do pagamento indevido do tributo (Súmula 162-STJ), até a sua efetiva restituição e/ou compensação, devendo ser utilizada na correção dos valores unicamente a taxa SELIC, instituída pelo art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, devendo ser afastada a aplicação dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento à apelação e ao reexame necessário.

Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE
Relator