



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
13ª Vara Federal de Porto Alegre

Rua Otávio Francisco Caruso da Rocha, 600, 7º andar - Ala Oeste - Bairro: Praia de Belas - CEP: 90010-395 - Fone: (51)3214-9476

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5019649-87.2019.4.04.7100/RS

IMPETRANTE: SILVEIRA & MRACK LTDA

IMPETRADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - UNIÃO - FAZENDA NACIONAL - PORTO ALEGRE

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por SILVEIRA & MRACK LTDA. em face do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM PORTO ALEGRE, através do qual busca reconhecimento de direito líquido e certo da impetrante de não sujeitar à incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte as remessas ao exterior realizadas como pagamento de aquisições dos softwares de prateleira por não se enquadrarem como remuneração de direitos autorais, mas sim mera aquisição de mercadoria.

Narra que presta serviços na área da informática e comercializa softwares oriundos de contrato com a empresa australiana Atlassian Pty Ltd., fabricante de softwares de prateleira.

Refere que a empresa Atlassian Pty Ltd. - titular da tecnologia mundial - atribui à cada unidade de software de prateleira um código de utilização indissociável, sem qualquer ingerência da impetrante, que, da forma como os recebe, vende para o mercado nacional. Tratam-se de programas de computador do tipo *standard*, vendidos em escala global.

Aponta que o Supremo Tribunal Federal, em decisão paradigma, teria distinguido os programas de computador por encomenda daqueles produzidos em larga escala, conhecidos como softwares de prateleira, consolidando o entendimento de que softwares de cópias múltiplas e comercializados no varejo seriam mercadorias.

Reclama a impetrante que se encontra justamente nesta situação, uma vez que adquire os programas de computador da empresa Atlassian, e os redistribui no mercado nacional, sem negociar os direitos autorais da empresa sobre o software. Por esta conclusão, entende que merece ser afastada a aplicação da retenção de IR prevista no artigo 710 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999.

Houve emenda à inicial no Evento 5, para alterar o texto do pedido de liminar formulado.

No Evento 7, foi deferido o pedido liminar, a fim de reconhecer a não incidência de IRRF sobre os valores remetidos ao exterior pela impetrante em pagamento da aquisição de "software de prateleira", diante do entendimento pacificado da jurisprudência, bem como para determinar ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre que se abstenha de exigir referida exação.

A autoridade impetrada prestou suas informações no Evento 15, aduzindo que a Solução de Divergência Cosit nº 18, de 27 de março de 2017, teria representado mudança de entendimento quanto à questão discutida nos autos, e que o contrato de aquisição de software no exterior para sua posterior comercialização no país possuiria natureza jurídica de contrato de licença de uso de direito autoral, cuja remuneração é feita por meio do pagamento de royalties, rubrica que remunera a aquisição de direitos autorais de terceiros.

Defendeu a correção do entendimento de que as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a residente ou domiciliado no exterior em contraprestação pelo direito de comercialização ou distribuição de software, para revenda a consumidor final, o qual receberá uma licença de uso do software, enquadrariam-se no conceito de royalties e estariam sujeitas à incidência de Imposto sobre a Renda na Fonte (IRRF) à alíquota de 15% (quinze por cento).

A União requereu seu ingresso no feito no Evento 17, apresentando razões de defesa. Apontou ausência de comprovação de que os softwares comercializados seriam, de fato, padronizados. No mérito, defendeu a exação atacada.

O MPF veio aos autos no Evento 20, apontando ausência de interesse público apto a justificar sua intervenção na demanda.

A impetrante apresentou memoriais no Evento 22.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar - Ausência de prova pré-constituída

Rejeito a preliminar suscitada, uma vez que as informações trazidas aos autos mostraram-se suficientes para análise da questão posta em discussão, bem como para a prestação de informações pela autoridade impetrada.

Mérito

A decisão liminar proferida no Evento 7 destes autos sinalizou o posicionamento favorável à tese da impetrante adotado pelo TRF da 4ª Região, conforme abaixo transcrita:

A concessão do pedido liminar em mandado de segurança é medida que requer a coexistência de dois pressupostos, sem os quais é impossível a expedição do provimento postulado. Tais requisitos estão elencados no art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09, e autorizam a ordem inicial quando restar demonstrada a relevância do fundamento (fumus boni iuris) e o perigo de um prejuízo, se do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida caso seja deferida a segurança (periculum in mora).

O pedido da impetrante encontra guarida na jurisprudência do TRF da 4ª Região, conforme ementas transcritas a seguir:

MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. VALORES REMETIDOS AO EXTERIOR. COMERCIALIZAÇÃO DE SOFTWARES STANDARDS CONHECIDOS COMO SOFTWARES DE PRATELEIRA. 1. Os softwares comercializados pela impetrante não são customizáveis, se enquadrando, pois, no conceito de 'software de prateleira', cuja comercialização, por estar equiparada à circulação de mercadorias, não se sujeita ao pagamento de royalties, tampouco pode sofrer a incidência do imposto de renda retido na fonte. 2. A impetrante tem direito de compensar os valores indevidamente recolhidos antes dos cinco anos da impetração, corrigidos pela Taxa SELIC. (TRF4 5022482-40.2017.4.04.7200, SEGUNDA TURMA, Relator ANDREI PITTEN VELLOSO, juntado aos autos em 28/11/2018)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. VALORES REMETIDOS AO EXTERIOR. COMERCIALIZAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR. SOFTWARE DE PRATELEIRA. NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE nº 566.621, em 04/08/2011, cuja decisão possui repercussão geral, reconheceu a violação ao princípio da segurança jurídica e considerou válida a aplicação do termo inicial da prescrição - o pagamento antecipado - às ações ajuizadas após a vigência da LC nº 118/2005, ou seja, a partir de 09/06/2005. 2. Não estão sujeitos à incidência de Imposto de Renda na Fonte - IRRF os valores remetidos ao exterior em pagamento por empresa que revende "software de

prateleira" (cópias múltiplas) decorrente de licença de comercialização outorgada por fabricante estrangeiro. 3. A autora tem direito de compensar os valores indevidamente recolhidos após a 27/08/2002, nos termos da legislação de regência. O indébito deve ser atualizado pela taxa SELIC. (TRF4, AC 5034477-06.2010.4.04.7100, PRIMEIRA TURMA, Relator AMAURY CHAVES DE ATHAYDE, juntado aos autos em 30/01/2017)

Neste ensejo, é de se consignar que tanto o STJ como o STF já definiram que a atividade de licenciamento ou cessão de licença de uso de softwares do tipo *standard* não caracteriza prestação de serviço, ao contrário do que acontece com os softwares desenvolvidos "por encomenda". É o que se depreende dos seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. OPERAÇÕES DE VENDA DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR (SOFTWARES). INCIDÊNCIA DO ICMS.1. "Esta Corte e o STF posicionaram-se quanto às fitas de vídeo e aos programas de computadores, diante dos itens 22 e 24 da Lista de Serviços.2. Os programas de computador desenvolvidos para clientes, de forma personalizada, geram incidência de tributo do ISS. 3. Diferentemente, se o programa é criado e vendido de forma impessoal para clientes que os compra como uma mercadoria qualquer, esta venda é gravada com o ICMS." Consectariamente, como no caso sub examine, as operações envolvendo a exploração econômica de programas de computador, quando feitos em larga escala e de modo uniforme, são consideradas operações de compra e venda, sujeitando-se, consectariamente, à tributação pelo ICMS" (RESP 123.022-RS, DJ de 27.10.1997, Rel. Min. José Delgado; RESP 216.967-SP, DJ de 22.04.2002, Rel. Min. Eliana Calmon; ROMS 5.934-RJ, DJ de 01.04.1996, Rel. Min. Hélio Mosimann). 2. Deveras, raciocínio inverso negaria vigência ao CTN que determina a preservação, no direito tributário, da natureza jurídica dos institutos civis e comerciais, com sói ser a compra e venda, mercê de descaracterizar a interpretação econômica, de suma importância para a aferição das hipóteses de incidência tributárias. 3. É que "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." 4. Recurso Especial desprovido. (REsp 633405/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, unân., julg. em 24.11.2004, publ. em 13.12.2004).

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 sematerializa 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. (RE 199464, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 02/03/1999, DJ 30-04-1999 PP-00023 EMENT VOL-01948-02 PP-00307)

Os softwares "de prateleira" são programas de computador feitos em larga escala, de modo uniforme para comercialização em massa; qualquer pessoa pode adquiri-los, pois são programas genéricos, prontos para o uso. São softwares padronizados e não customizáveis. Já os programas "por encomenda" são desenvolvidos para atender às necessidades específicas de um determinado usuário.

As provas produzidas nos autos, notadamente o instrumento juntado ao Evento 1 – ACORDO3 (item “3.2. restrições”, na fl. 2), que não é facultado à impetrante a alteração de qualquer aspecto do software comercializado.

O mesmo instrumento aponta que as modificações a serem realizadas pelo usuário final são promovidas por este, porém, dentro das possibilidades facultadas pelo software, ou seja, customizações personalizadas, fora dos padrões já previamente permitidos pelo software, não são possíveis.

Com isso, enquadram-se os produtos discutidos nestes autos no conceito de “software de prateleira”, equiparados a mercadorias e não sujeitos ao pagamento de *royalties* ou da consequente incidência de imposto de renda na fonte.

Neste sentido, o entendimento do TRF da 4ª Região:

AÇÃO ORDINÁRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IRPJ E CSLL. ALÍQUOTA APLICÁVEL SOBRE A RECEITA BRUTA NA COMERCIALIZAÇÃO DE SOFTWARES (ARTS. 15 E 20 DA LEI Nº 9.249/95. VENDA DE MERCADORIA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR DE PROTESTO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. CABIMENTO. SOFTWARES STANDARDS E POR ENCOMENDA. ENQUADRAMENTO. A produção probatória tem como destinatário final o juiz da causa, pois visa formar o seu convencimento acerca da lide proposta, de modo que o deferimento de uma determinada prova vai depender da avaliação do magistrado quanto à necessidade de sua produção. Concluindo o magistrado que os elementos probatórios apresentados foram suficientes para formar seu convencimento, não há falar em cerceamento de defesa por não ter sido oportunizada a produção de prova pericial. A jurisprudência do STJ, bem como a dos órgãos integrantes da Primeira Seção desta Corte, amplamente admite a interrupção da prescrição tributária por meio da ação cautelar de protesto. A venda de softwares standard ou "de prateleira" classifica-se como venda de mercadoria, e o percentual para a determinação da base de cálculo do IRPJ e CSLL é de 8% e 12% sobre a receita bruta, respectivamente. Já a venda

(desenvolvimento) de softwares por encomenda classifica-se como prestação de serviço, de sorte que o percentual para determinação da base de cálculo desses tributos é de 32% sobre a receita bruta. No caso, os softwares referentes à solução SAJ - Sistema de Automação da Justiça devem ser classificados como programas "por encomenda", pois não foram desenvolvidos para serem comercializados no mercado a um número indeterminado de usuários, mas sim para atender a necessidades específicas relacionadas à informatização das rotinas jurisdicionais e administrativas de Tribunais de Justiça, Procuradorias de diversos Estados e do Ministério Público. Por outro lado, o programa SIENGE não foi desenvolvido por encomenda, mas foi concebido com o objetivo de atender às demandas de uma pluralidade de utilizadores pertencentes a uma mesma categoria. Desse modo, enquadra-se no conceito de mercadoria, e a cessão de licença de seu uso não configura prestação de serviço, razão pela qual as alíquotas do IRPJ e da CSLL incidentes sobre a renda obtida com essa atividade devem ser de, respectivamente, 8% e 12%, nos termos do arts. 15, caput, e art. 20 da Lei n. 9.249/1995. (TRF4, APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5008169-45.2015.4.04.7200, 2ª Turma, Juiz Federal ANDREI PITTEN VELLOSO, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 17/05/2017)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. VALORES REMETIDOS AO EXTERIOR. COMERCIALIZAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR. SOFTWARE DE PRATELEIRA. NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE n. 566.621, em 04/08/2011, cuja decisão possui repercussão geral, reconheceu a violação ao princípio da segurança jurídica e considerou válida a aplicação do termo inicial da prescrição - o pagamento antecipado - às ações ajuizadas após a vigência da LC n. 118/2005, ou seja, a partir de 09/06/2005. 2. Não estão sujeitos à incidência de Imposto de Renda na Fonte - IRRF os valores remetidos ao exterior em pagamento por empresa que revende "software de prateleira" (cópias múltiplas) decorrente de licença de comercialização outorgada por fabricante estrangeiro. 3. A autora tem direito de compensar os valores indevidamente recolhidos após a 27/08/2002, nos termos da legislação de regência. O indébito deve ser atualizado pela taxa SELIC. (TRF4, AC 5034477-06.2010.404.7100, PRIMEIRA TURMA, Relator AMAURY CHAVES DE ATHAYDE, juntado aos autos em 30/01/2017)

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). (TRF4, AC 5003366-77.2010.404.7205, PRIMEIRA TURMA, Relator JORGE ANTONIO MAURIQUE, juntado aos autos em 25/11/2013)

Assim, a procedência do pedido é medida que se impõe.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, confirmo a liminar deferida anteriormente, rejeito a preliminar suscitada pela União e, no mérito, **JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS**, concedendo a segurança à impetrante, a fim de reconhecer a não incidência de IRRF sobre os valores remetidos ao exterior pela impetrante em pagamento da aquisição de "*softwares de prateleira*", nos termos da fundamentação.

Sem condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei n.º 12.016/2009).

Condeno a União a reembolsar as custas despendidas pela impetrante, devidamente atualizadas.

Espécie sujeita a reexame necessário.

Publicada e registrada eletronicamente. Intimem-se, inclusive o MPF.

Eventuais apelações interpostas pelas partes restarão recebidas no efeito devolutivo (art. 14, § 3º, da Lei n.º 12.016/2009).

Havendo interposição de recurso, intime-se a parte contrária para apresentação de contrarrazões, nos termos do artigo 1010, § 1º, do CPC.

Juntadas as respectivas contrarrazões e não havendo sido suscitadas as questões referidas no § 1º, do artigo 1009 do CPC, remetam-se os autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Caso suscitada alguma das questões referidas no § 1º do artigo 1009 do CPC, intime-se o recorrente para manifestar-se, no prazo previsto no § 2º do mesmo dispositivo.

Transitada em julgado, dê-se baixa e arquivem-se os autos.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): RICARDO NÜSKE
Data e Hora: 25/9/2019, às 17:52:47