

**ISS - Incidência - Programas de computador -
Contrato de licença - Lei Complementar nº
116/03 - Equiparação com prestação de serviço
- Voto vencido**

Ementa: Apelação cível. Ação declaratória. ISSQN. Incidência sobre programas de computação. Lei Complementar nº 116/2003. Uso decorrente exclusivamente de contrato de licença. Equiparação com prestação de serviço. Recurso a que se nega provimento.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.540424-1/001 -
Comarca de Belo Horizonte - Apelante: MCJ - Assessoria
Hospitalar de Informática Ltda. - Apelado: Município de
Belo Horizonte - Relator: DES. RONEY OLIVEIRA**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Roney Oliveira, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 31 de agosto de 2010. - *Roney Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Eduardo Arrieiro Elias.

DES. RONEY OLIVEIRA - Estive atento à sustentação oral, produzida pelo Dr. Eduardo Arrieiro Elias, que também teve a gentileza de remeter-me, em nome do apelante, memorial subscrito por S. Ex.ª e cossuscrito pelos advogados David Gonçalves de Andrade e Silva e Déborah Crevelin Casagrande.

Trouxe voto escrito, mas em homenagem à excelência da sustentação oral e ao fato de ter sido agitada da tribuna uma questão que não foi objeto de abordagem em meu voto, peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O RELATOR APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

Notas taquigráficas

DES. RONEY OLIVEIRA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 09.08.2010, a meu pedido, após sustentação oral.

Registro a excelência da sustentação oral e o bem elaborado memorial subscrito pelo mesmo advogado que ocupou a tribuna, Dr. Eduardo Arrieiro Elias, e por seus colegas de escritório, Dr.ª Déborah Crevelin Casagrande e Dr. David Gonçalves de Andrade Silva.

Meu voto é o seguinte:

Trata-se de apelação cível (f. 1.349/1.358-TJ), interposta por MCJ Assessoria Hospitalar e Informática Ltda., em razão da sentença de f. 1.343/1.347-TJ, proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação ordinária movida em face do Município de Belo Horizonte, julgou improcedente o pedido inicial, reconhecendo a ocorrência da hipótese de incidência do ISSQN pela atividade de desenvolvimento e locação de *softwares*.

Irresignado, apela o autor, pleiteando a reforma da sentença, para que seja julgado procedente o pedido inicial, "para declarar a inexistência de relação jurídica entre apelante e apelada, no tocante à obrigação de recolhimento de ISS sobre a locação de *software*" (f. 1.358-TJ), sob o argumento de que o objeto dos contratos celebrados é o direito de utilizar o programa de computador mediante uma licença.

Contrarrazões às f. 1.362/1.369-TJ.

É o relatório.

Conheço do recurso.

A controvérsia dos autos refere-se à incidência de imposto sobre serviço de qualquer natureza (ISSQN) sobre a locação do direito de uso de programas de computador.

A Constituição da República, em seu art. 156, inciso III, atribuiu aos Municípios a prerrogativa de instituir o ISSQN, desde que sobre as atividades que não se sujeitam à incidência do ICMS, conforme regulamentado em lei complementar.

Em assim sendo, o art. 1º da Lei Complementar 116/2003 define o fato gerador do referido tributo:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Com a promulgação da Lei Complementar nº 116/2003, o referido tributo passou a incidir sobre o licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação. Ressalte-se que, conforme prevê o art. 9º da Lei 9.609/98, o uso de *softwares* no Brasil somente deriva de contrato de licença, não podendo ser tratado como circulação de mercadoria.

No caso em comento, tem-se que o objeto social da empresa apelante consiste em

atividades relacionadas a Prestação de Serviços de Informática, mediante a locação de *software*, com Análises de Sistemas, Programação, Implantação e Manutenção de Programa de Computador e Processamento Eletrônico de Dados, Gerenciamento, Organização e Método na Área Hospitalar e Serviços Assistenciais à Saúde (f. 20-TJ).

Assim, diante da análise do objeto social da empresa, bem como dos contratos celebrados e considerando que o contrato de licença resulta de uma prestação de serviço de criação e produção do *software*, indubitosa a incidência do ISSQN sobre os serviços prestados de locação das licenças e manutenção dos programas de computador.

Ressalte-se, por derradeiro, que inaplicável ao caso dos autos a Súmula Vinculante nº 31 do STF, uma vez que a atividade sobre a qual incide o ISSQN não trata de locação de bens móveis.

Desmerece, portanto, qualquer reparo a sentença de primeiro grau.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Sr. Presidente.

Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

DES. RONEY OLIVEIRA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 09.08.2010, a meu pedido, após sustentação oral.

Foi novamente adiado na Sessão do dia 17.08.2010, a pedido do Revisor, após meu voto, como Relator, negando provimento ao recurso.

Com a palavra o Des. Caetano Levi Lopes.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Também conheço do recurso porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Ouso, entretanto, discordar do Relator, o eminente Desembargador Roney Oliveira.

A apelante aforou ação declaratória contra o apelado por entender que a cessão do direito de uso de

programas de computador não constitui prestação de serviços, pelo que seria inválido o lançamento do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISSQN - sobre a referida atividade. Pela r. sentença de f. 1.343/1.347, a pretensão foi rejeitada.

Cumpra-se verificar se a atividade desenvolvida pela recorrente é prestação de serviços sujeita ao ISS.

O Código Civil de 2002 disciplinou, isoladamente, o contrato de locação de bens (arts. 565 a 578) e o de prestação de serviços (arts. 593 a 609). No art. 594, expressamente, dispôs que “[...] toda espécie de serviço ou trabalho, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição [...]”. A licença para uso de programa de computador está prevista no art. 9º da Lei nº 9.609, de 1998: “O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença”.

A lei especial não esclareceu se o referido contrato tem natureza de locação ou de prestação de serviços. Daí a importância de verificação dos conceitos dos demais negócios jurídicos.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, nas *Instituições de direito civil*, 11. ed. atualizada por Regis Fichtner, Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, p. 272:

Acentuando a limitação às coisas, podemos definir: locação é contrato pelo qual uma pessoa se obriga a ceder temporariamente o uso e gozo de uma coisa não fungível, mediante certa remuneração.

O mesmo autor, na obra citada, v. 3, p. 378, esclarece as limitações e o conceito do contrato de prestação de serviços:

Deixando de lado o contrato de trabalho, individual ou coletivo, enquanto regulado pela legislação própria e objeto do Direito do Trabalho, bem como o regime jurídico do servidor público, como assunto do Direito Administrativo, afora tratamos do contrato civil de prestação de serviços, que podemos conceituar como aquele em que uma das partes se obriga para com a outra a fornecer-lhe a prestação de sua atividade, mediante remuneração.

Ora, os conceitos expostos patenteiam que o contrato de licença para cessão de uso de programa de computador não é prestação de serviços. Apesar do *nomen iuris* atribuído pela lei especial, na verdade cuida-se de contrato de locação de bem móvel imaterial. Portanto, não está sujeito à tributação pelo ISS nos termos da Súmula Vinculante nº 31: “É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis”.

Observo que a apelante, além da locação de programas de computador, presta os serviços discriminados na cláusula segunda de seu contrato social (alteração contratual de f. 20/25). Mas o questionamento foi somente quanto à referida locação. É tem ela razão em seu inconformismo.

Com esses fundamentos e reiterando meu pedido de vênia, dou provimento à apelação, julgo procedente a pretensão inicial e declaro que não há incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza sobre os contratos de licença de programa de computador celebrados entre a apelante e terceiros. Autorizo a compensação de valores pagos com os devidos no futuro, respeitada a prescrição quinquenal. Ficam invertidos os ônus da sucumbência. O apelado é imune *ex vi legis* ao pagamento de custas finais, mas deverá reembolsar as que foram antecipadas pela apelante.

Sem custas finais.

DES. AFRÂNIO VILELA - Sr. Presidente.

Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL, APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO E O REVISOR DAR PROVIMENTO.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela apelante, a Dr.ª Déborah Crevelin Casagrande.

DES. RONEY OLIVEIRA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 09.08.2010, a meu pedido, após sustentação oral.

Foi novamente adiado na Sessão do dia 17.08.2010, a pedido do Revisor, após meu voto, como Relator, negando provimento ao recurso.

Novamente, foi adiado na Sessão do dia 24.08.2010, a pedido do Vogal, após votar o Revisor dando provimento ao recurso.

Com a palavra o Des. Afrânio Vilela.

DES. AFRÂNIO VILELA - Sr. Presidente.

Recebi os memoriais encaminhados pelo Dr. Eduardo Arrieiro Elias e pela Dr.ª Déborah Crevelin Casagrande, aos quais dei a devida atenção.

Pedi vista para melhor análise da questão e, ao final, concluí que a atividade profissional prestada pela apelante está sujeita à tributação pelo ISSQN.

A despeito de alegar que presta serviços que se resumem ao aluguel de *softwares* e, portanto, excluídos da incidência do mencionado tributo, o que se percebe é que, mesmo nos contratos cujo objeto é discriminado, unicamente, como locação, há a prestação de serviços de manutenção e atualização do programa locado, custeado através de prestação mensal, fato apurado, também, pela il. *expert*, à f. 152, configurando verdadeira prestação de serviço.

Diante do exposto, estou a acompanhar o em. Relator para negar provimento ao recurso.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O REVISOR.

...