

MARIA ÂNGELA LOPES PAULINO PADILHA

Doutora e Mestre pela PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pelo IBET/SP. Professora dos Cursos de Direito Tributário do IBET e da COGEAE-PUC/SP. Autora do livro “Sanções no Direito Tributário”. Advogada

TRIBUTAÇÃO DE SOFTWARE

Prefácio de Paulo de Barros Carvalho

2020

editora e livraria
NOESES

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

P134t

Padilha, Maria Ângela Lopes Paulino
Tributação de software / Maria Ângela Lopes Paulino Padilha. - 1. ed. - São Paulo :
Noeses, 2020.

464 p.
ISBN 978-85-8310-134-5

1. Direito tributário - Brasil. 2. Software - Impostos - Legislação - Brasil. I. Título.

19-61005

CDU: 34:351.713:004.41(81)

Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária CRB-7/6439

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	VII
LISTA DE ABREVIATURAS.....	XI
PREFÁCIO.....	XIII
INTRODUÇÃO	1

PARTE 1

ABORDAGEM FUNDAMENTAL PARA O ESTUDO DA TRIBUTAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS ENVOLVENDO SOFTWARE

1. NOÇÕES SOBRE A INFORMÁTICA: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COMPUTAÇÃO, SEUS ELEMEN- TOS BÁSICOS (<i>hardware e software</i>) E SEUS IMPACTOS NA SOCIEDADE	9
1.1 Informática: o que é?	9
1.2.1 A era da computação moderna até os dias atuais.....	18
1.3 Os componentes básicos do sistema computacio- nal: o <i>hardware</i> e o <i>software</i>	29
1.4 A criação da rede mundial de computadores (Inter- net) e a emergência de uma comunidade virtual..	34

MARIA ÂNGELA LOPES PAULINO PADILHA

1.5	A inovação tecnológica no campo da Informática e seus impactos na sociedade: rumo a coletividades e economias baseadas na informação	39
1.5.1	Reflexos no universo jurídico	46
2.	A NATUREZA JURÍDICA DO SOFTWARE, A SUA PROTEÇÃO E O TRATAMENTO CONFERIDO PELA LEI 9.609/98	57
2.1	As primeiras discussões sobre a natureza jurídica do software e a sua proteção	57
2.2	O tratamento jurídico conferido pela Lei 9.609/98: expressão de um conjunto de instruções e regime protetivo autoral similar ao aplicado às obras literárias	64
2.3	As propostas para rediscutir o enquadramento e a proteção jurídica do software: bem imaterial de caráter utilitário, pilar do sistema global da informação	74
2.4	A definição jurídica de “software”: bem incorpóreo intelectual desvinculado de seu suporte físico...	81
3.	O SOFTWARE E A SUA EXPLORAÇÃO ECONÔMICA	87
3.1	Comércio tradicional <i>versus</i> comércio eletrônico	87
3.1.1	O comércio eletrônico direto por meio do <i>download</i> e <i>streaming</i>	90
3.2	Contexto atual do avanço tecnológico em matéria de software: dinamismo na economia e inovação em produtos e serviços.....	92
3.3	Contratos de software	96
3.3.1	Contratos de desenvolvimento de software.	97
3.3.2	Contratos de customização de software.....	100
3.3.3	Cessão de software <i>versus</i> licença de software.....	102

TRIBUTAÇÃO DE SOFTWARE

3.3.4	Contratos de licença de software	105
3.3.4.1	Contratos de licença para comercialização de software	106
3.3.4.2	Contratos de licença para desenvolvimento de software	108
3.3.4.3	Contratos de licença de uso de software: a forma contratual mais comum na disponibilização eletrônica de programas de computador	111
	3.3.4.3.1 <i>Prestação de serviços técnicos de suporte e manutenção no licenciamento de uso de software</i>	117
3.4	Das novas formas de exploração econômica de programas de computador através do licenciamento de uso de softwares baseados na infraestrutura da nuvem (<i>cloud computing</i>)	119
3.4.1	<i>Cloud computing</i> : o que é?	119
3.4.2	O <i>Software as a Service (SaaS)</i> como o emergente modelo de negócio no licenciamento de uso de programas de computador.....	129
3.5	Considerações finais sobre os aspectos contratuais no licenciamento de uso de software: da <i>unicidade</i> do negócio jurídico <i>SaaP</i> para a <i>complexidade</i> do negócio jurídico <i>SaaS</i>	139

PARTE 2

**O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E A
 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA PARA INSTITUIR O
 ICMS-MERCADORIA E O ISS**

1. O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA	151
--	------------

MARIA ÂNGELA LOPES PAULINO PADILHA

1.1	Noções propedêuticas sobre o sistema constitucional e a competência tributária	151
1.2	O estudo de alguns princípios constitucionais relacionados ao exercício da competência tributária.	156
1.2.1	O princípio federativo como formador do Estado Brasileiro	157
1.2.2	O sobreprincípio da segurança jurídica ...	162
1.2.3	O princípio da legalidade e tipicidade tributárias	168
1.3	A rígida discriminação das competências para criar impostos na Constituição de 1988	172
1.4	A interpretação dos signos linguísticos empregados pelo constituinte na repartição das competências tributárias e os conceitos constitucionais como limitadores da atuação do aplicador do direito tributário	176
1.4.1	Os conceitos como forma de pensar e conhecer a realidade do direito positivo, viabilizando a comunicação jurídica	177
1.4.1.1	Distinção entre termo, conceito e definição na compreensão da linguagem do direito positivo	181
1.4.1.1.1	<i>Enunciações conotativa e denotativa como formas de elucidar o campo de aplicabilidade dos conceitos jurídicos.....</i>	189
1.4.2	Interpretação jurídica e os axiomas da intertextualidade e da inesgotabilidade ...	191
1.4.3	Texto e contexto: os limites do aplicador do direito na construção dos conceitos constitucionais	198

TRIBUTAÇÃO DE SOFTWARE

1.4.4	Art. 110, CTN: a confirmação de que usos linguísticos utilizados no contexto jurídico repercutem na definição do conceito constitucional.....	205
1.4.5	A lei complementar como texto relevante no processo de elucidação dos conceitos constitucionais e na solução de conflitos de competências para criar impostos	215
1.4.6	Conceitos constitucionais como limites à produção normativa infraconstitucional: reflexões sobre o equilíbrio entre a rigidez na discriminação das competências tributárias e a evolução interpretativa na aplicação do direito tributário	226
2.	O CRITÉRIO MATERIAL DAS REGRAS-MATRIZES DE INCIDÊNCIA DO ICMS-MERCADORIA E DO ISS	241
2.1	O percurso para a construção de sentido dos textos jurídicos e as normas jurídicas em sentido amplo e sentido estrito	241
2.2	A regra-matriz de incidência tributária.....	245
2.2.1	A hipótese tributária e o seu critério material	248
2.2.1.1	Ainda sobre o critério material: o fato “tipo estrutural” e a unidade/pluralidade dos negócios jurídicos e seus reflexos na identificação do fato jurídico tributário.....	251
2.3	O critério material da regra-matriz de incidência do ICMS-Mercadoria	254
2.3.1	O conceito de “operações”	255
2.3.2	O conceito de “circulação”	258
2.3.3	O conceito de “mercadoria”	266

MARIA ÂNGELA LOPES PAULINO PADILHA

2.4	O critério material da regra-matriz de incidência do ISS	280
2.4.1	O serviço tributável pelo ISS: considerações preliminares.....	280
2.4.2	O conceito de “serviço”	282
2.4.2.1	A prestação-fim como substrato fático da hipótese de incidência do ISS....	295
2.4.3	O papel da lei complementar na definição do serviço tributável pelo ISS	298
2.5	Notas finais sobre as feições jurídicas das materialidades do ISS e do ICMS-M e as dualidades <i>obrigação de dar/obrigação de fazer e atividade-fim/atividade-meio</i> na demarcação do campo possível dessas incidências tributárias	302

PARTE 3

A TRIBUTAÇÃO PELO ICMS-M E PELO ISS SOBRE A LICENÇA DE USO DE SOFTWARE DISPONIBILIZADO ELETRONICAMENTE

1.	A PRAGMÁTICA REVELANDO A COMPLEXIDADE DO TEMA “TRIBUTAÇÃO DE SOFTWARE”	309
1.1	A evolução da jurisprudência nos Tribunais Superiores em matéria de tributação de licença de uso de software pelo ICMS-M e pelo ISS.....	310
1.1.1	O entendimento adotado pelo STF no RE nº 176.626 para fins de incidência do ICMS-M no licenciamento de uso de “software de prateleira”	312
1.1.2	A decisão liminar proferida na ADI nº 1945-MC	315
1.2	A pragmática na esfera normativa estadual.....	319

TRIBUTAÇÃO DE SOFTWARE

1.3	A pragmática na esfera normativa municipal....	324
1.4	A pragmática na esfera normativa federal: confirmação da insegurança jurídica na tributação de software	329
2.	A INCIDÊNCIA DO ICMS-M E DO ISS SOBRE A LICENÇA DE USO DE SOFTWARE DISPONIBILIZADO ELETRONICAMENTE	337
2.1	O licenciamento eletrônico de uso de software e o ICMS-M.....	337
2.1.1	O conceito constitucional de mercadoria não alcança o “software”	337
2.1.2	Inocorrência de “operações relativas à circulação” nas licenças eletrônicas de uso de software	343
2.2	O licenciamento eletrônico de uso de software e o ISS	351
2.2.1	A licença de uso de software no formato tradicional (<i>Software as a Product</i>) e o ISS	353
2.2.2	A licença de uso na modalidade <i>Software as a Service (SaaS)</i> e o ISS.....	357
2.3	O licenciamento de uso de software como atividade econômica incluída na competência residual da União.....	362
	NOTAS FINAIS, TENDÊNCIAS E DESAFIOS.....	363
	CONCLUSÕES POR CAPÍTULOS	369
	REFERÊNCIAS	409
	BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	433