

Salvador Cândido Brandão Junior

Prefaciador: Paulo Ayres Barreto

# O software como mercadoria e sua distinção da propriedade intelectual

uma revisão dos conceitos de circulação e de mercadoria




DIALÉTICA  
EDITORA

*Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida - em qualquer meio ou forma, seja mecânica ou eletrônica, fotocópia, gravação etc. - nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.*



**DIALÉTICA**  
EDITORA

 /editoradialetica

 @editoradialetica

Copyright © 2021 by Editora Dialética Ltda.

Copyright © 2021 by Salvador Cândido Brandão Junior. [www.editoradialetica.com](http://www.editoradialetica.com)

## EQUIPE EDITORIAL

### Editores-chefes

Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira

Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

### Designer Responsável

Daniela Malacco

### Produtora Editorial

Júlia Noffs

### Controle de Qualidade

Marina Itano

### Capa

Andrew Assaf

### Diagramação

Maiara Souza

### Preparação de Texto

Lucas Ben

Suzana Itano

### Revisão

Responsabilidade do autor

### Assistentes Editoriais

Jean Farias

Leticia Machado

Ludmila Vieira

### Estagiárias

Georgia Oliveira

Larissa Teixeira

Laís Silva Cordeiro



## Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B817s Brandão Junior, Salvador Cândido.

O software como mercadoria e sua distinção da propriedade intelectual : uma revisão dos conceitos de circulação e de mercadoria / Salvador Cândido Brandão Junior; prefácio Paulo Ayres Barreto. – São Paulo : Editora Dialética, 2021.

404 p.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-65-252-1627-0

1. Software. 2. Propriedade Intelectual. 3. Mercadoria. 4. Direito Econômico e Financeiro. I. Título.

CDD 341.758

CDU 347.78

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>15</b>
<b>PROBLEMAS, HIPÓTESES E METODOLOGIA DE PESQUISA.....</b>	<b>27</b>
<b>PLANO DE ESTUDO.....</b>	<b>41</b>
<b>1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA DISCUSSÃO SOBRE A TRIBUTAÇÃO DO SOFTWARE E A CON-</b>	<b>45</b>
<b>FUSÃO COM A LICENÇA DE USO .....</b>	<b>45</b>
<b>1.1. NÚCLEO DE INCIDÊNCIA DO ICMS – OPERAÇÃO, CIRCULAÇÃO E MERCADORIAS.....</b>	<b>49</b>
<b>1.2. ICMS – CIRCULAÇÃO, MERCADORIAS E O SOFTWARE.....</b>	<b>59</b>
<b>1.2.1. A DICOTOMIA ENTRE BENS (MATERIAIS) E SERVIÇOS (IMATERIAIS).....</b>	<b>68</b>
<b>2. OPERAÇÃO, CIRCULAÇÃO E MERCADORIAS NO PODER JUDICIÁRIO.....</b>	<b>81</b>
<b>2.1. OPERAÇÃO .....</b>	<b>81</b>
<b>2.1.1. OPERAÇÃO DE LEASING E A IMPORTAÇÃO DE AERONAVES .....</b>	<b>86</b>
<b>2.2. TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS.....</b>	<b>95</b>
<b>2.2.1. SÚMULA STJ 166.....</b>	<b>104</b>
<b>2.3. MERCADORIA E SOFTWARE.....</b>	<b>110</b>
<b>2.3.1. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>118</b>
<b>3. A PROPRIEDADE INTELECTUAL, O SOFTWARE E SUA COMERCIALIZAÇÃO .....</b>	<b>137</b>
<b>3.1. SOFTWARE – CLASSIFICAÇÕES E CONCEITOS.....</b>	<b>139</b>
<b>3.2. SOFTWARE COMO PROPRIEDADE INTELECTUAL – DIREITOS DO AUTOR.....</b>	<b>148</b>
<b>3.3. SOFTWARE COMO OBJETO DE NEGÓCIO JURÍDICO.....</b>	<b>155</b>
<b>3.3.1. CESSÃO DE DIREITOS.....</b>	<b>156</b>
<b>3.3.2. LICENÇA DE DIREITO DE COMERCIALIZAÇÃO.....</b>	<b>164</b>

3.3.3. LICENÇA DE USO DE SOFTWARE-PRODUTO.....	171
<b>4. ANÁLISE HISTÓRICA DO ICM.....</b>	<b>183</b>
4.1. O ICM NA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1965 .....	187
4.1.1. TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO.....	189
4.1.2. A IMPLEMENTAÇÃO DO ICM COMO UM IMPOSTO SOBRE O CONSUMO.....	195
4.1.3. CARACTERÍSTICAS DO ICM NA REFORMA CONSTITUCIONAL E CONVERTIDAS EM TEXTO LEGAL...204	
4.2. A MERCADORIA, O DIREITO COMERCIAL E O DIREITO TRIBUTÁRIO.....	222
4.2.1. DIREITO TRIBUTÁRIO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PRIVADO .....	222
4.2.2. CONCEITO DE MERCADORIA PARA O DIREITO COMERCIAL.....	233
<b>5. OPERAÇÃO, CIRCULAÇÃO E MERCADORIA E O SOFTWARE.....</b>	<b>259</b>
5.1. ANÁLISES CRÍTICAS.....	259
5.1.1. A MERCADORIA INCORPÓREA COMO RESGATE DE UM CONCEITO DE DIREITO PRIVADO E A SUA CIRCULAÇÃO.....	272
5.1.2. LEI COMPLEMENTAR: CONFLITO DE COMPETÊNCIA, OPERAÇÕES MISTAS E DEFINIÇÃO DE SERVIÇOS POR EXCLUSÃO.....	290
5.1.3. LEGISLAÇÃO E DEFINIÇÕES PARA A INCIDÊNCIA.....	306
5.2. APONTAMENTOS FINAIS SOBRE A LICENÇA DE USO DE SOFTWARE E A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA .....	324
<b>6. TRIBUTAÇÃO DOS BENS DIGITAIS: ICMS E QUESTÕES PONTUAIS .....</b>	<b>331</b>
6.1. TRIBUTAÇÃO DO SOFTWARE DISPONIBILIZADO EM NUVEM – SOFTWARE AS A SERVICE..331	
6.2. COMPRA DE ITENS EM JOGOS ELETRÔNICOS .....	352
6.3. MODELOS DE DESIGN PARA IMPRESSÃO 3D.....	359
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>367</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>383</b>