

**XXIX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC**

DIREITO TRIBUTÁRIO, FINANCEIRO E PROCESSO I

MARCELO NEGRI SOARES

LIVIO AUGUSTO DE CARVALHO SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito tributário, financeiro e processo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Livio Augusto de Carvalho Santos; Marcelo Negri Soares. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-589-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito tributário. 3. Financeiro. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO TRIBUTÁRIO, FINANCEIRO E PROCESSO I

Apresentação

O XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em parceria com a Universidade do

Vale do Itajaí - UNIVALI, entre os dias 07 e 09 de dezembro de 2022, apresentou como temática central “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”.

Diante disso, atuais e de muito relevo foram as discussões em torno da temática durante todo o evento, bem como nos Grupos de Trabalho e durante as apresentações de pôsteres.

Vale destacar, que os trabalhos contidos nesta publicação foram previamente avaliados e aprovados por dupla avaliação cega por pares e posteriormente foram apresentados e

avaliados em dupla rodada como pôsteres no Grupo “DIREITO TRIBUTÁRIO, FINANCEIRO E

PROCESSO”. Desta forma, resta demonstrado a qualidade dos trabalhos constantes nesta publicação que engrandeceram esse encontro e trouxeram diversidade e pesquisas

acadêmicas de bastante relevo. Ademais, a temática proposta agrupa pesquisas com teor inovador e diretamente relacionadas ao tema central do XXIX Congresso Nacional do CONPEDI.

Foram apresentados resultados de pesquisas desenvolvidas em diversas instituições do país, com temas inovadores e inéditos, sendo relevantes para o cenário atual dos estudos na temática central do Grupo de Trabalho.

Diante disso, espera-se que a presente publicação contribua para a academia e sociedade.

Agradecemos a todos os pesquisadores, colaboradores e pessoas envolvidas nos debates e organização do evento pela sua inestimável contribuição e desejamos uma proveitosa leitura!

Prof. Me. Livio Augusto de Carvalho Santos

Prof. Dr. Marcelo Negri Soares

TRIBUTAÇÃO DE DADOS DA NUVEM: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO.

**João Pedro Araújo Vilarins
Felipe da Silva de Oliveira**

Resumo

INTRODUÇÃO

Com as possibilidades apresentadas pela tecnologia no século XXI, surgiu um grande mercado envolvendo o a nuvem de dados da rede mundial de computadores, também conhecido como cloud computing, principalmente no que tange os serviços de armazenamento de dados e streaming, também conhecidos pelo termo de Software as a Service (SaaS).

Cloud computing pode ser definido como uma tecnologia que permite o acesso remoto a softwares, estes que armazenam os arquivos e processam os dados. Esse tipo de tecnologia possibilitou o desenvolvimento de serviços como as plataformas de streaming de filmes, séries e músicas, e também a armazenagem de dados pessoais na nuvem de dados.

Nesse contexto, surge o debate da tributação dessas tecnologias, principalmente no que tange a sua natureza, havendo incerteza sobre a competência Estadual ou Municipal dessa tributação (ALMEIDA; CARVALHO; VITA, 2020).

Por ser um mercado relativamente novo e técnico, no que se refere a sua linguagem e relações jurídicas, a jurisprudência está em constante formação na tentativa de acabar com o “limbo jurídico” (ALMEIDA; CARVALHO; VITA, 2020). A discussão acerca da competência se intensifica, principalmente entre estados e municípios, pela possibilidade de aumentar o “poder de caixa” (BARRA BOSSA, 2022).

No Brasil, os impostos são recolhidos por diferentes entes, a depender da sua natureza. Os dois impostos que mais se discutem sobre a taxação dos serviços advindo dos softwares são o ISS – imposto sobre produtos e serviços, que é de competência municipal, e o ICMS – impostos sobre circulação de mercadorias e serviços, que é um imposto de competência estadual.

Em decorrência da fragmentação da jurisprudência, existem decisões para ambos os “lados”, seja para o ISS ou ICMS, e diverge de acordo com a especificidade do serviço prestado, o que aponta uma análise casuística para cada decisão acerca da tributação (BARRA BOSSA, 2022).

A discussão acerca da tributação dos serviços de software se faz relevante pelo grande crescimento da indústria no Brasil. Somente no ano de 2021 a indústria de software teve crescimento de 6,5%, aumento acelerado também pela pandemia de Covid-19 (SOUZA, 2022).

PROBLEMA DE PESQUISA

Como tem entendido a jurisprudência acerca da tributação das tecnologias de software e quais as perspectivas para o futuro?

OBJETIVOS

O objetivo geral da pesquisa é compreender como tem entendido os Tribunais Estaduais e os Tribunais Federais acerca da questão da tributação da tecnologia de software e quais as perspectivas para o futuro da tributação dessas tecnologias no Brasil. Os objetivos específicos são: caracterizar a tecnologia de software, entender sua natureza no que se refere a discussão acerca da incidência de ISS ou ICMS e pesquisar sobre políticas para ajustar o vácuo normativo existente.

METODOLOGIA

Adotou-se como metodologia o método dedutivo e as técnicas de revisão jurisprudencial, normativa e bibliográfica, com análise e interpretação de decisões, artigos e artigos.

RESULTADOS ALCANÇADOS

Como resultado, selecionou-se três julgados paradigmáticos: (i) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.659; (ii) Apelação Cível nº 70077790889 da Primeira câmara Cível Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; e (iii) o Tema 590 do Supremo Tribunal Federal.

A ADI 5.659 é um caso relevante sobre a discussão da competência da tributação. Resta entendido que a primitiva divisão entre software de prateleira e software personalizado não é

mais suficiente para abarcar a tributação dos programas nas suas diversas modalidades, o que é um grande avanço a forma que se pensa o Software as a Service pela Corte mais importante do país, que é o STF.

Sobre a incidência de ISS ou ICMS, aplicou-se entendimento estabelecido de forma rudimentar pela Lei complementar nº 87 de 1996, combinada pela Lei complementar nº 116 de 2003, em que define que operações com programas de computador geram a incidência de ISS. Por mais que a lei apresente uma compreensão breve do conceito de software, ressalta-se que o princípio da legalidade é basilar para a interpretação (ROTHMANN, 1972). Assim, na presença mínima de legislação, cabe ao julgador a aplicação do que prega a norma.

Apelação Cível nº 70077790889 da Primeira Câmara Cível Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ficou entendido que é legal a incidência de ISS sobre a atividade de streaming e download, pois envolve obrigação de fazer. Esse entendimento representa a dificuldade de enquadrar o Software as a Service como uma mercadoria, mesmo que se possa argumentar que existe o consumo de mercadorias como filmes e músicas.

Por fim, temos o Tema de repercussão geral nº 590 do STF. Esse tema consolida o que foi apresentado na ADI 5.659, acabando de vez com a diferenciação entre o modelo de software, seja de prateleira ou personalizado. Ficou entendido que independentemente do modelo de software, e isso abrange os serviços prestados, a tributação é de competência municipal, correspondente ao ISS.

Tem-se que, por mais que existam decisões isoladas sobre a incidência do ICMS sobre atividade de software, da jurisprudência tem evoluído e se estabelecido como ISS, o que leva a conclusão que o entendimento na natureza jurídica dessas tecnologias é de serviço, e não de mercadoria.

Relevante observar que o vácuo normativo tem sido atacado com a evolução e expansão do Software as a Service, tendo-se buscado uma aproximação legislativa da normatização europeia, o Digital Service Tax, ou Imposto sobre Serviços Digitais (BARRA BOSSA, 2022). A aproximação com a legislação europeia não seria inovação, uma vez que o mesmo ocorreu com a Lei Geral de Proteção de Dados, muito similar ao código europeu.

Exemplos dessa tentativa de implementação é o projeto de criação da CIDE – digital, pelo projeto de Lei nº 2.358 de 2020; proposta, por meio da PL 131 de 2020, de aumentar a alíquota da COFINS para os serviços digitais; e a proposta da instituição de uma Contribuição Social sobre Serviços Digitais, por meio da PLP 218 de 2020.

Assim sendo, vê-se que existe o início de um movimento do legislativo para atender o

problema da falta de legislação atual para tratar da legislação de serviços relacionados a nuvem de dados e os softwares que ela a utilizam.

Palavras-chave: Direito tributário, Software as a Service, tributação

Referências

ALMEIDA, Patrícia Silva de; CARVALHO, Regina Célia de; VITA, Jonathan Barros. Tributação e Cloud Computing no Brasil: apontamentos sobre incidência tributária em software as a servisse. Revista de Direito Tributário Contemporâneo. Volume 23/2020, p. 41 – 61, Mar – Abr, 2020. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/white-paper/rdtc-23-patricia-almeida-e-outras-tributacao-e-cloud-computing-no-brasil.pdf>. Acesso em 14 de outubro de 2022.

BARRA BOSSA, Gisele. Tributação na nuvem traz mudanças e desafios para a área jurídica. 2022. Disponível em: <https://www.demarest.com.br/tributacao-na-nuvem-traz-mudancas-e-desafios-para-a-area-juridica/#:~:text=A%20tributa%C3%A7%C3%A3o%20da%20nuvem%20ocorre,na%20Espanha%20e%20em%20Portugal>. Acesso em 14 de outubro de 2022.

NASRALLAH, Amal. Software de prateleira e personalizado – diferenças no lucro presumido. Tributário nos bastidores. 2016. Disponível em: <https://tributarionosbastidores.com.br/2016/08/spre/> Acesso em 14 de outubro de 2022.

BENIOFF, Marc. Cloud Computing: o que é e pra que serve? Sales force. Disponível em: <https://www.salesforce.com/br/cloud-computing/> Acessado em 15 de outubro de 2022.

SOUZA, Ludmilla. Indústria de Software e Serviços de TIC cresceu 6,5% em 2021. Agência Brasil. 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-07/industria-de-software-e-servicos-de-tic-cresceram-65-em-2021> Acesso em 15 de outubro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5659. Direito Tributário. Lei nº 6.763/75-MG e Lei Complementar Federal nº 87/96. Operações com programa de computador (software). Critério objetivo. Subitem 1.05 da lista anexa à LC nº 116/03. Incidência do ISS. Aquisição por meio físico ou por meio eletrônico (download, streaming etc). Distinção entre software sob encomenda ou padronizado. Irrelevância. Contrato de licenciamento de uso de programas de computador. Relevância do trabalho humano desenvolvido. Contrato complexo ou híbrido. Dicotomia entre obrigação de dar e obrigação de fazer. Insuficiência. Modulação dos efeitos da decisão. Requerente: Confederação Nacional de Serviços. Relatoria: Min. Dias Toffoli. 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5132886>. Acesso em 15 de outubro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CÍVEL 70077790889. DIREITO TRIBUTARIO. MANDADO DE SEGURANÇA ISS SOBRE STREAMING E DOWNLOADS DE CONTEÚDO PELA INTERNET LEGALIDADE PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA 1. A empresa impetrante possui legitimidade para impetrar o presente mandamus, porquanto presta o serviço objeto da tributação que entende eivada de ilegalidade e incidente sobre atividade que não se subsume a norma, violando direito líquido e certo que alega possuir. 2. É legal a incidência do ISS sobre a atividade de streaming e download, pois envolve obrigação de fazer. 3. Vigência da lei municipal nº 809/2016 posterior à publicação e a produção dos efeitos da LC 157 /2016, em respeito aos princípios da anualidade tributária e da anterioridade nonagesimal, na medida em que o tributo só passou a ser exigido a partir de XXXXXX-3-2017 PRELIMINARES CONTRARRECURSAIS AFASTADAS E RECURSO DESPROVIDO. Relator: Sergio Luiz Grassi Beck. 20 de julho de 2018. <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/594143413> Acesso em 15 de outubro de 2022.

BRASIL. Tema 590 do Supremo Tribunal Federal. Incidência de ISS sobre contratos de licenciamento ou de cessão de programas de computador (software) desenvolvidos para clientes de forma personalizada. Relatoria: Min. Dias Toffoli. 20 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4245695&numeroProcesso=688223&classeProcesso=RE&numeroTema=590> Acesso em 16 de outubro de 2022.