

MAURINE MORGAN PIMENTEL FEITOSA

Maurine Morgan Pimentel Feitosa

O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O ICMS E O ISS

UM ESTUDO DE CASOS
NA ERA DA INTERNET

Prefácio
Onofre Alves Batista Júnior

2ª edição revista, ampliada e atualizada

FORUM

Prefácio

Onofre Alves Batista Júnior

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O ICMS E O ISS

UM ESTUDO DE CASOS NA ERA
DA INTERNET

2ª edição revista, ampliada e atualizada

É possível propor parâmetros para equacionar o conflito de competência entre o ICMS e o ISS? Em tempos de avanço tecnológico, como delimitar o fato gerador dos referidos impostos? Quais as perspectivas para a tributação sobre o consumo? Sem pretensão de exaustividade e diante do extenso rol de decisões proferidas pelos Tribunais Superiores nos últimos anos, somada à intensa produção doutrinária, aos debates legislativos e de reforma tributária que se sucederam, esta segunda edição tem a finalidade precípua de conferir ao leitor uma visão sistemática acerca do tratamento tributário dos conflitos de competência. Com esse desiderato, foram selecionados para estudo a cessão de uso de *software*, o *download* e a tributação da nuvem, o monitoramento e o rastreamento de veículos, dentro do universo da Internet das Coisas, o *streaming* e a veiculação de publicidade. Para além das conclusões desenvolvidas pela autora, a obra expõe, de modo crítico e analítico, o contencioso administrativo e pretoriano envolvendo a matéria, conferindo ao leitor subsídios teóricos para fundamentar as suas próprias convicções.

Área específica

DIREITO TRIBUTÁRIO

Áreas afins

DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITO CIVIL,
DIREITO EMPRESARIAL

Público-alvo/consumidores

Alunos de graduação e pós-graduação, além de advogados, magistrados e outros operadores do Direito

FORMATO: 14,5 x 21,5 cm

CÓDIGO: 10003082

F311c Feitosa, Maurine Morgan Pimentel

O conflito de competência entre o ICMS e o ISS: um estudo de casos na Era da Internet / Maurine Morgan Pimentel Feitosa. 2. ed. - Belo Horizonte : Fórum, 2022.

420p.; 14,5cm x 21,5cm.

ISBN: 978-65-5518-262-0

1. Economia. 2. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS.
3. Imposto Sobre Serviços – ISS. I. Título.

CDD: 341.3

CDU: 342.9

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FEITOSA, Maurine Morgan Pimentel. *O conflito de competência entre o ICMS e o ISS: um estudo de casos na Era da Internet*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. 420p. ISBN 978-65-5518-262-0.

MAURINE MORGAN PIMENTEL FEITOSA

Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e Doutoranda em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora da Escola Superior de Advocacia Pública (ESAP).

SUMÁRIO

PREFÁCIO DA SEGUNDA EDIÇÃO

Onofre Alves Batista Júnior	13
-----------------------------------	----

PREFÁCIO DA 1ª EDIÇÃO

Gustavo da Gama Vital de Oliveira.....	17
--	----

NOTA À 2ª EDIÇÃO	19
------------------------	----

INTRODUÇÃO	21
------------------	----

CAPÍTULO 1

OS CONFLITOS DE COMPETÊNCIA E O FEDERALISMO FISCAL

BRASILEIRO	25
------------------	----

1.1 Federalismo: contexto histórico e modelos.....	25
1.1.1 O federalismo fiscal brasileiro: breve panorama tributário	25
1.1.2 As origens do federalismo.....	27
1.1.3 O federalismo: definição e modelos.....	29
1.1.4 Teorias econômicas sobre o federalismo fiscal.....	31
1.2 O federalismo brasileiro: evolução histórica	35
1.2.1 As origens do federalismo brasileiro.....	35
1.2.2 A Emenda Constitucional nº 18/65	38
1.2.3 A Constituição de 1967	42
1.2.4 A Emenda Constitucional nº 1, de 1969	44
1.2.5 A Constituição de 1988 e a Reforma Tributária	45
1.3 A Reforma Tributária.....	49
1.3.1 A PEC nº 45/2019 e a criação do imposto sobre bens e serviços (IBS)	49
1.3.2 Da PEC nº 110/2019 à criação do IVA dual: substitutivo à PEC nº 110/2019 e à PEC nº 128/2019	59
1.3.3 O conflito de competência entre o ICMS e o ISS no contexto das principais propostas de Reforma Tributária	66
1.4 Considerações finais.....	67

CAPÍTULO 2

O PAPEL DA LEI COMPLEMENTAR NA CONSTITUIÇÃO

DE 1988	71
---------------	----

2.1 A legislação complementar na Constituição de 1988.....	71
2.2 O princípio da tipicidade	74
2.2.1 Os tipos e conceitos no Direito Tributário	74
2.2.2 A tipicidade fechada	76
2.2.3 A tipicidade aberta no Direito brasileiro.....	81
2.3 As competências tributárias estabelecidas na Constituição e o papel da Lei complementar	86
2.4 Os limites ao legislador complementar: apontamentos sobre a jurisprudência do STJ e do STF	95
2.4.1 Os conteúdos de circulação de mercadorias e prestação de serviços	97
2.4.2 O ISS e os contratos de locação: notas sobre a súmula vinculante nº 31, STF.....	108
2.5 Considerações finais.....	110

CAPÍTULO 3

A TRIBUTAÇÃO DO SOFTWARE.....	113
-------------------------------	-----

3.1 A tributação do <i>software</i> : o conflito de competência sob as óticas material e formal.....	113
3.1.1 A tributação dos contratos de licenciamento de uso de <i>software</i> : breve relatório das principais teses jurídicas.....	114

3.1.2	O conflito de competência entre o ISS e o ICMS: considerações gerais	117
3.2	Dos critérios interpretativos no Direito Tributário.....	125
3.2.1	Da interação entre o Direito Tributário e o Direito Privado: arts. 109, CTN e 110, CTN	125
3.2.2	A interação entre o Direito Tributário e a Economia	128
3.3	Do contrato de cessão e licença de uso de <i>software</i>	134
3.3.1	Da configuração do contrato de cessão de uso de <i>software</i>	134
3.3.2	A tributação dos programas de computador – análise crítica da jurisprudência dos Tribunais Superiores: do REsp nº 39.797/SP à ADI nº 1.945/MT e à ADI nº 5.659/MG	137
3.3.3	Do julgamento de mérito das ADIs nº 1.945/MT e nº 5.659/MG.....	150
3.3.4	O <i>download</i> de <i>software</i> na legislação estadual: as perspectivas das diferentes unidades da federação até o julgamento de mérito da ADI nº 1.945/MT e da ADI nº 5.659/MG	157
3.4	O <i>software</i> e o projeto de lei convertido em lei complementar (PLS nº 386/2012 e LC nº 157/2016)	166
3.5	A tributação da nuvem	170
3.5.1	<i>Software as a Service</i> (SaaS)	173
3.5.2	<i>Platform as a Service</i> (PaaS)	178
3.5.3	<i>Infrastructure as a Service</i> (IaaS)	181
3.5.4	As camadas de tributação da nuvem e a questão envolvendo o fracionamento dos contratos.....	184
3.6	O conflito de competência entre o ICMS e o ISS na Era da Internet...	186
3.7	Considerações finais.....	191

CAPÍTULO 4

A TRIBUTAÇÃO DO SOFTWARE E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

4.1	O conflito de competência entre o ICMS e o ISS no âmbito do <i>software</i> : a modulação de efeitos nas ADIs nº 1.945/MT e nº 5.659/MG	193
4.2	A tributação do <i>software</i> e o princípio da legalidade: panorama geral das ADIs nº 5.576/SP e nº 5.659/MG – óbices formais ao parcial conhecimento das ações	195
4.2.1	ADI nº 5.576/SP e a legislação do Estado de São Paulo	196
4.2.2	ADI nº 5.659/MG e a legislação do Estado de Minas Gerais	202
4.2.3	Síntese conclusiva das ADIs nº 5.576/SP e nº 5.659/MG sob a perspectiva da legalidade.....	206
4.3	A tributação do <i>software</i> e o papel dos convênios: considerações sobre a ADI nº 5.958/DF e a insuficiência da modulação de efeitos...	207
4.3.1	Análise individualizada do Convênio nº 106/2017: os desafios do estabelecimento puramente virtual e da tributação no destino...	209
4.3.2	Síntese conclusiva da ADI nº 5.958/DF: notas sobre a decisão que julgou a questão prejudicada	225
4.4	O princípio da legalidade: considerações gerais.....	226
4.4.1	A legalidade na doutrina tributária	227
4.4.2	A legalidade na jurisprudência do STF e do STJ	231
4.5	Conclusão	244

CAPÍTULO 5

O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO

5.1	A prestação dos serviços de comunicações na vigência da Emenda Constitucional nº 18/1965 e da Constituição de 1967	248
5.2	A prestação dos serviços de comunicação na vigência da Constituição de 1988.....	255
5.2.1	A interação entre comunicação e telecomunicação	257
5.2.2	O requisito da bilateralidade e os serviços de radiodifusão	260
5.3	A delimitação do conceito de prestação de serviço de comunicação: bipartição entre atividades-meio e atividades-fim	265
5.4	O conflito de competência entre o ISS e o ICMS-Comunicação	275
5.5	A Internet das Coisas (IoT) e o monitoramento e rastreamento de veículos	278

5.5.1	Projetos de Lei Complementar e a LC nº 157/2016	280
5.5.2	O monitoramento e rastreamento no contexto da IoT: considerações doutrinárias	285
5.5.3	Análise jurisprudencial.....	290
5.5.4	Tribunais administrativos	295
5.6	Considerações finais.....	299

CAPÍTULO 6

A TRIBUTAÇÃO DA VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE

6.1	Evolução jurisprudencial.....	308
6.1.1	Evolução jurisprudencial na vigência do DL nº 406/1968	308
6.1.2	Evolução jurisprudencial na vigência da LC nº 116/2003 até a edição da LC nº 157/2016.....	316
6.1.3	Evolução jurisprudencial na vigência da LC nº 157/2016.....	321
6.1.4	Da jurisprudência dos tribunais locais.....	321
6.2	A veiculação de publicidade: jurisprudência administrativa	327
6.3	Entendimento doutrinário	335
6.4	Projeto de lei convertido em lei complementar: processo legislativo que resultou no item 17.25 da LC nº 116/2003	349
6.5	A veiculação de publicidade na Internet	352
6.5.1	Considerações sobre o <i>streaming</i>	353
6.5.2	A jurisprudência dos tribunais locais.....	357
6.5.3	A jurisprudência administrativa	363
6.5.4	Doutrina	371
6.6	Considerações finais	385

CONCLUSÃO

POSFÁCIO DA 1ª EDIÇÃO

Marcus Lívio Gomes.....

REFERÊNCIAS.....