

# Plata formas Diggi tais



# Apre- senta- ção

Este e-book é destinado aos leitores que buscam subsídios técnicos e atualização em vários temas relacionados às plataformas digitais, e-commerce e operações virtuais. A velocidade e diversidade de fatores contemporâneos relacionados a esses ambientes trazem desafios jurídicos com desdobramentos em todas as áreas do direito, demandando a difusão de novas perspectivas e análises específicas sobre essas questões.

Essa coletânea tem como ponto de partida a experiência adquirida pelo escritório Souto Correa em serviços jurídicos multidisciplinares prestados a algumas das maiores plataformas digitais atuantes no país, incluindo nas áreas de food delivery, transporte de passageiros e plataformas de streaming, que propiciaram aos autores vasto aprendizado, sob variadas óticas jurídicas, desde a implementação de negócios e questões regulatórias pertinentes aos meios digitais até grandes disputas concorrenciais, incluindo aspectos de propriedade intelectual, compliance, questões trabalhistas, e tributárias, entre outras.

Ancorados nos componentes teóricos e nas leis, os autores permeiam questões atuais, tais como os limites da responsabilização das plataformas digitais perante o consumidor, a comercialização de medicamentos em plataformas de intermediação, enquadramento legal do streaming, direito ao arrependimento, alternativas de contratação de empregados, crimes econômicos praticados dentro das plataformas digitais e proteção das marcas utilizadas em ambientes virtuais.

Além da atualidade dos temas e das reflexões, a coletânea direciona-se a abordar temáticas relevantes do ponto de vista prático, sem descuidar dos aspectos conceituais, com sensatez pragmática que é marca comum a todos os artigos, se destacando pela heterogeneidade e objetividade de seus autores.



## 1. Consumidor /pág. 04

- 1.1. Direito de arrependimento, comércio eletrônico e plataformas digitais: notas para um debate /pág. 04
- 1.2. Limites à responsabilização das plataformas digitais /pág. 07
- 1.3. O direito à informação e o consentimento em Termos de Uso e Condições de plataformas digitais /pág. 10

## 2. Life Sciences /pág. 13

Comercialização de medicamentos em plataformas de intermediação e em marketplaces: atual regulamentação, discussões em curso e desafios /pág. 13

## 3. Penal /pág. 18

Plataformas digitais: um novo palco para a prática de crimes /pág. 18

## 4. Propriedade Intelectual /pág. 22

- 4.1. A necessidade de autorização prévia por utilização da obra e por modalidade de exploração à luz da Lei 9.610/98 /pág. 22
- 4.2. Proteção de Marcas Digitais no INPI /pág. 24

## 5. Resolução de Conflitos /pág. 29

- 5.2. A relação entre usuários e plataformas digitais e a agenda digital da União Europeia: novas tendências regulatórias após o GDPR /pág. 29
- 5.1. O ônus da prova em ações movidas por usuários contra plataformas digitais /pág. 32

## 6. Trabalhista /pág. 35

- 6.1. O desafio do controle de jornada do trabalhador remoto e as plataformas digitais /pág. 35
- 6.2. Plataforma de benefícios flexíveis e uma legislação inflexível /pág. 37
- 6.3. Plataformas Digitais e Alternativas de Contratação /pág. 39

## 7. Tributário /pág. 43

- 7.1. A incidência do ISS na intermediação dos serviços de transporte: o local da prestação /pág. 43
- 7.2. As decisões do STF sobre a incidência do ISSQN no licenciamento de software impactam a incidência dos tributos federais nessas operações? /pág. 46
- 7.3. Marketing e PIS/COFINS: Análise a respeito da apropriação de créditos /pág. 48
- 7.4. Responsabilização de plataformas digitais pelo recolhimento do ICMS /pág. 50
- 7.5. Tributação de plataformas digitais de streaming /pág. 54



# Direito de arrependimento, comércio eletrônico e plataformas digitais: notas para um debate

*Marcela Joelsons, Nathália Munhoz e  
Rodrigo Ustárroz Cantali, advogados  
de Souto Correa na área de Consumidor  
e Product Liability*



# Direito de arrependimento, comércio eletrônico e plataformas digitais: notas para um debate

O mundo está em constante transformação – uma transformação que, em tempos mais recentes, tem sido sentida de forma mais intensa. No Brasil, a questão ganha contornos mais próprios. Em 1990, a internet não era tão difundida quanto hoje; em 1990, o e-commerce não era tão difundido quanto hoje; em 1990, o celular chegou ao Brasil; em 1990, o acesso a computadores ainda era incipiente. Para além disso, nas décadas de 1980 e de 1990, as empresas ainda voltaram suas políticas e estratégias de venda mais fortemente em estabelecimentos físicos e em práticas de venda como catálogos e venda de porta em porta ou por telefone. Expressões hoje comumente utilizadas, como marketplace, plataformas digitais, mercado de dois lados, eram pouco ou nada utilizadas.

A globalização e a digitalização impactam diretamente essa transformação. Ao longo dos anos, o que se vê é uma integração mais próxima de economias, culturas, sistemas; é uma remoção de barreiras em trocas, transações, interações e comunicações. Houve o surgimento de uma verdadeira arena internacional de trocas: pessoas em qualquer lugar do mundo podem se vincular, independentemente de barreiras geográficas, políticas ou temporais. Basta um click do mouse, ou, mais modernamente, o uso de aplicativos em smartphones.

O e-commerce, por exemplo, vem apresentando forte crescimento no mercado brasileiro nos últimos anos: em 2021, foi divulgado que o faturamento das vendas no comércio eletrônico teve alta de 48,41% em comparação com o ano anterior, assim como as vendas, que cresceram 35,36%<sup>1</sup>. Esse crescimento já era tendência, tendo apenas se intensificado em razão da Pandemia de Covid-19.

Não foi por acaso ou coincidência que se fez referência, acima, ao ano de 1990: em 11 de setembro de 1990, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor brasileiro (“CDC”), lei que revolucionou o mercado ao buscar estabelecer uma maior proteção ao consumidor, sujeito considerado como “vulnerável” na relação de consumo. Uma das medidas que se buscou implementar foi o chamado “direito de arrependimento”, consagrado no artigo 49, que dá ao consumidor o direito de desistir da compra (de produto ou serviço) no prazo de 7 dias, “sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio”.

Essa regra foi estabelecida com o objetivo de proteger o consumidor quanto a abordagens mais agressivas, derivadas de práticas e técnicas de venda incisivas – a exemplo da venda de porta em porta, por telefone ou por catálogos –, que demandavam do consumidor uma decisão impulsiva, sem o discernimento e tempo necessários para reflexão acerca dos atributos daquilo que se estava adquirindo. Pense-se no exemplo da compra de um sapato feita por meio de catálogo: não há como se conferir a exatidão do tamanho, tecido, cor ou conforto apenas por uma foto. Nessas situações, o consumidor não tinha a oportunidade de examinar o produto ou o serviço que estava sendo oferecido – diferentemente da situação em que a aquisição do produto ou serviço ocorresse diretamente no estabelecimento físico da empresa. Buscava-se, assim, protegê-lo de sua “vulnerabilidade informacional”.

Os tempos mudaram. A legislação, (ainda) não. Hoje, cada vez mais os produtos e serviços são adquiridos pela internet, via marketplaces; cada vez mais as empresas possuem estabelecimentos virtuais; cada vez mais existem produtos e serviços intangíveis; cada vez mais o consumidor tem a informação que precisa para a contratação. Aliás, acerca da contratação no comércio eletrônico, vigora desde 2013 no Brasil o Decreto n.º 7.962, que, dentre outros aspectos, reitera a importância de o consumidor ter acesso a informações claras acerca do produto ou serviço, bem como para o exercício do direito de arrependimento.

É verdade que existe iniciativa legislativa para modernizar o CDC sobre o ponto (Projeto de Lei 3514/2015, atualmente na Câmara dos Deputados), em que se pretende definir um conceito de contratação à distância (aquela efetivada fora do estabelecimento ou sem a presença física simultânea do consumidor e do fornecedor, ou ainda na hipótese em que não há exposição física do produto contratado no estabelecimento), bem como reforçar a viabilidade do exercício do direito de arrependimento – prevendo, por exemplo, que, na contratação por meio eletrônico, o fornecedor deverá enviar ao consumidor um formulário para exercício do direito de arrependimento, sob pena de o prazo para exercício ser ampliado em 14 dias, bem como que o fornecedor deve confirmar o recebimento da manifestação de arrependimento.

E há justificativa para que medidas como essas sejam implementadas. É verdade que, hoje, o consumidor praticamente tem mais acesso a informações virtualmente do que presencialmente, assim como também é verdade que a quantidade

de informações e de dados que circulam é muito maior. Há, então, um potencial maior para compras impulsivas, sem o tempo necessário para que o consumidor possa efetivamente refletir acerca da contratação.

Por isso mesmo, o debate na atualidade precisa levar em consideração, ao menos, dois importantes fatores: a discussão acerca da aplicação de um dispositivo de lei pensado para a década de 1990 a uma realidade hoje completamente diferente – que envolve também o fornecimento de bens e serviços digitais; e a reflexão acerca de soluções e alternativas que, diante do lento avanço legislativo, permitam não apenas que o consumidor tenha condições adequadas de reflexão, mas também que evitem a imputação de práticas abusivas a fornecedores e que também evitem o exercício abusivo e disfuncional do direito de arrependimento pelo consumidor.

Pense-se, por exemplo, na aquisição de um livro digital ou de um serviço de streaming. Veja-se que, nos dois casos, a obtenção e a disponibilização de informações sobre o produto/serviço digital, bem como o seu fornecimento e sua utilização, ocorre na própria internet ou em aplicativo digital. Além disso, em muitas oportunidades, as empresas fornecem amostras do livro digital (disponibilizando o sumário ou partes do livro para acesso público), ou mesmo indicam um catálogo acerca do seu acervo (disponibilizando trailers dos filmes ou séries, por exemplo). O que impediria um consumidor de adquirir o livro digital ou o serviço de streaming de filmes, ler o livro ou assistir ao filme dentro dos sete dias, e então exercer o direito de arrependimento? Essa hipótese, se concretizada, autorizaria o enriquecimento sem causa do consumidor, e esta certamente não é a finalidade da norma analisada. A redação do artigo 49 do CDC fixou-se no tempo, enquanto os bens e serviços se modernizaram.



<sup>1</sup> <https://mercadoeconsumo.com.br/2022/01/24/faturamento-do-e-commerce-brasileiro-tem-alta-de-48-em-2021/>



# Direito de arrependimento, comércio eletrônico e plataformas digitais: notas para um debate



Em termos de tendência legislativa, a Diretiva da União Europeia 2011/83 já determinava que exceções ao direito de arrependimento deve existir, conforme a natureza de alguns bens e serviços. Entre os exemplos dados à época estavam bens produzidos sob medida ou personalizados; serviços que envolvem reserva de capacidade de difícil preenchimento em caso de desfazimento, a exemplo de reservas em hotéis ou em eventos culturais e desportivos; bens e serviços cujo preço seja dependente de flutuações no mercado e que não podem ser controlados pelo fornecedor; bens perecíveis. Hoje, pode-se avançar na discussão e propor que também produtos e serviços digitais não possam permitir o exercício do direito de arrependimento, pois o seu fornecimento, por ocorrer em meio eletrônico, já configura exaurimento e a impossibilidade de retorno das partes ao momento anterior ao fornecimento.

Nesse sentido, a Diretiva da União Europeia 2019/770 pode ser de grande valia, pois auxilia na definição e diferenciação entre tipos de produtos e serviços. No âmbito dessa Diretiva, conteúdo digital é conceituado como “dados produzidos e fornecidos em formato digital”; por sua vez, serviço digital é entendido como “um serviço que permite ao consumidor criar, tratar, armazenar ou aceder a dados em formato digital” ou “um serviço que permite a partilha ou qualquer outra interação com os dados em formato digital carregados ou criados pelo consumidor ou por outros utilizadores desse serviço”. Exemplificativamente, trata-se dos programas de informática, de aplicações de áudio e de música, de jogos digitais, de livros eletrônicos, de softwares de compartilhamento de arquivos de vídeo e de áudio.

Apesar de, no Brasil, tais situações não estarem expressamente previstas na legislação, é necessário considerar que também a legislação não permite o exercício abusivo ou disfuncional de direitos. E para evitar esse exercício abusivo e disfuncional do direito de arrependimento, os fornecedores de bens e serviços digitais podem ter a tecnologia a seu favor. Pense-se na aquisição de um livro digital, que precisa ser lido em uma plataforma que registra a quantidade de acessos, de tempo dispendido, de páginas acessadas digitalmente. Esses registros podem ser colhidos e podem demonstrar se o consumidor efetivamente fruiu o bem/serviço ou não. A mesma situação pode ser replicada ao serviço de streaming. Outros exemplos ainda podem considerar a limitação do acesso total ao produto ou serviço adquirido durante o período em que seja possível o consumidor exercer o direito de arrependimento, ou mesmo a impossibilidade de o consumidor exercer o direito de arrependimento após ter realizado o download do produto; ou ainda a implementação de uma ferramenta que bloqueie a possibilidade de cópia do produto no período em que o consumidor pode exercer o direito de arrependimento; e a disponibilização de brindes junto com a aquisição do produto ou serviço, os quais serão entregues apenas após o término do prazo para que o consumidor exerça direito de arrependimento. Nesses casos, é necessário garantir de forma prévia e clara a informação ao consumidor acerca das hipóteses em que poderá ou não haver o exercício do direito de arrependimento.

A utilização dessas ferramentas tecnológicas pode contribuir para a manutenção da intenção da regra – especialmente diante da ausência de lei expressa ou, no caso brasileiro, de lei compatível com a atual realidade da contratação eletrônica/digital. Fato é que o direito de arrependimento, no âmbito da contratação de bens digitais, pode ser considerado disfuncional e abusivo, e, enquanto o legislador não tratar desse assunto, os fornecedores poderão se valer da tecnologia para diferenciar os casos em que houve fruição do produto/serviço daqueles em que não houve fruição.

O direito ao arrependimento deve ser respeitado pelas empresas, que devem envidar seus esforços para permitir que o consumidor possa exercê-lo adequadamente. Da mesma forma, as empresas podem, com o auxílio da tecnologia, contribuir com meios que evitem a propagação de condutas oportunistas. As contribuições que ora se faz estão em linha, inclusive, com uma necessidade que o próprio CDC estabelece como relevante: o atendimento ao princípio da “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico”. Não se pode pensar o Direito do Consumidor como um Direito destinado a atender somente os interesses dos consumidores em relação a fornecedores: é preciso harmonizar os interesses dos participantes, de modo a não inviabilizar o desenvolvimento econômico e tecnológico.





# Limites à responsabilização das plataformas digitais

*Julia Klarman, João Paulo Tagliari  
e Carolina Guerra, advogados de Souto Correa  
na área de Consumidor e Product Liability*



# Limites à responsabilização das plataformas digitais

A questão da (ausência) de responsabilidade civil das plataformas digitais em razão dos diferentes fatos jurídicos que emergem no ambiente por elas propiciado é tema que merece acurada análise. É particularmente relevante que se atente à impropriedade de se considerar que as plataformas digitais sejam responsabilizadas de forma solidária por todo e qualquer dano que possa estar relacionado à conduta dos seus usuários e/ou de terceiros, ou às relações que se estabelecem, de forma direta e exclusiva, entre os usuários.

Sabe-se que só se pode falar de responsabilização se houver demonstração da prática de ato ilícito (por exemplo, falha na prestação de serviços), de dano e de nexos causal, discutindo-se a exigência de prova de dolo ou culpa a depender do regime de responsabilidade incidente, objetiva ou subjetiva. Para a análise da responsabilização ou da isenção de responsabilidade das Plataformas Digitais, ganha relevância a avaliação do nexos de causalidade de eventuais danos com um ato ilícito efetivamente praticado pela plataforma digital.

O nexos de causalidade não significa apenas a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano, mas também o critério para se determinar a quem será atribuída a obrigação de reparação do dano.<sup>1</sup> O nexos causal entre o ato ilícito e o dano deve ser direto e imediato. É reconhecido, também, que existem situações que atuam sobre o nexos causal, afastando o dever de indenizar, a exemplo do fato exclusivo da vítima ou de terceiro, bem como do caso fortuito e da força maior.<sup>2</sup>

Nesse sentido, nem mesmo sob o regime do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) é possível a responsabilização sem a verificação da prática de ato ilícito e do nexos de causalidade. A solidariedade não suprime a prova desses requisitos pela suposta vítima. O art. 7º do CDC reconhece que tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente. Ou seja, só quem (autor) efetivamente praticou a ofensa (ato ilícito) responde pela reparação dos danos dela decorrentes. No mesmo sentido é a disposição do § 1º do art. 25 do CDC, que exige, para fins de responsabilização solidária, que o fornecedor tenha sido “responsável pelo causação do dano”. Assim, se o agente não praticou a ofensa e não causou o dano, não há que se falar em nenhuma forma extensão da responsabilidade.

Para que se avalie a responsabilização das plataformas digitais, então, é indispensável que se verifique, efetivamente, a presença de todos os elementos da responsabilidade civil em relação à atividade por elas operada. Isso deve ser examinado a partir do específico modelo de negócio de cada plataforma, conforme dispõe o art. 3º, inc. VI, do Marco Civil da Internet (“MCI”) – norma que se aplica às plataformas digitais que operam como provedoras de aplicações de internet (arts. 5º, inc. VII, e 19 do MCI). A partir do modelo de negócio praticado, deve ser avaliado se o ato ilícito é decorrente (ou não) da sua atividade e se a sua atividade possui (ou não) nexos de causalidade com o dano alegado.

As plataformas digitais operam como “mercados de dois lados”,<sup>3</sup> proporcionando vantagens aos usuários que anunciam seus produtos e serviços e os usuários interessados em contratar esses produtos ou serviços. Com milhares de usuários ao redor do mundo, as plataformas promovem uma descentralização do acesso a produtos e serviços, permitindo um maior leque de escolha para as pessoas, além de eficiência e liberdade na contratação. Ainda que operem via internet (site, aplicativo etc.), as plataformas digitais podem atuar sob diferentes modelos de negócio e, a partir desses diferentes modelos, viabilizar que os usuários realizem transações nos mais distintos ramos econômicos e da vida em sociedade. No conceito de plataforma digitais, poderiam ser abrangidas desde mídias sociais e aplicativos de troca de informação e comunicação até modelos de sites para a contratação de serviços ou produtos, digitais ou não, diretamente entre os usuários (*marketplaces*).

Assim, as diferentes plataformas digitais trazem especificidades acerca das características de seu funcionamento e do serviço que se destinam a fornecer. Algumas, além de conectarem interessados terceiros, também vendem seus produtos ou oferecem os seus serviços. Em geral, porém, elas apenas disponibilizam um espaço virtual para que os próprios usuários realizem transações entre si. É esta modalidade da qual nos ocupamos aqui.

Nessa modalidade de negócio online, a detentora da plataforma oferta espaço para anúncio em seu site ou aplicativo, para que os usuários cadastrados ofereçam vantagens (bens, utilidades, produtos, serviços etc.) a outros usuários interessados em obter tais bens, utilidades, produtos, serviços etc. As plataformas

digitais viabilizam comumente o que se denomina como economia de compartilhamento, facilitando o estabelecimento de relações *peer-to-peer*, ou seja, a conexão direta entre pessoas.

Nessas relações, a contratação é feita direta e exclusivamente entre um usuário-anunciante e um usuário-interessado no produto ou serviço anunciado, ainda que no âmbito de um ambiente virtual criado para essa finalidade. Ou seja, o usuário-anunciante cria um anúncio descrevendo o produto ou serviço que ele quer oferecer. Esse anúncio é veiculado na plataforma (no mais das vezes, sem análise prévia do conteúdo). Uma vez veiculado, ele pode ser acessado pelo público em geral. Qualquer pessoa interessada na utilidade anunciada pode entrar em contato com o anunciante e concluir a sua reserva ou compra. Os usuários negociam diretamente entre si, geralmente a partir da proposta que consta do anúncio, discutem preço, prazos, regras do contrato e condições aplicáveis. Uma vez realizada a contratação, cabe ao usuário-anunciante disponibilizar o bem, a utilidade, o produto ou o serviço anunciado ao respectivo interessado-contratante.

A empresa que gerencia a plataforma digital não participa dos negócios concluídos entre os usuários. Ela não negocia, não determina preços, não rege os contratos. Consequentemente, não pode ser exigido da plataforma o cumprimento da obrigação contratual pactuada entre os usuários – simplesmente porque ela não se envolveu nessa pactuação.

Sem prejuízo, para que os usuários possam se valer das plataformas online e, assim, gozar das suas vantagens, há regras cuja observância é exigida, trazidas nos termos de uso, políticas e condições de uso. Essas regras são exatamente a base da confiança mínima gerada pelo sistema e por ele pressuposta e visam a garantir que o sistema funcione e promova as devidas remunerações de parte a parte. Os usuários aceitam os termos de serviço quando optam por utilizar a plataforma e concluir transações no ambiente por ela disponibilizado.

<sup>1</sup> SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. O Problema do Nexos Causal na Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 24.

<sup>2</sup> O fato exclusivo da vítima diz respeito à situação em que a própria vítima se coloca em condições de sofrer um dano, rompendo o nexos de causalidade frente a quem a vítima pretende receber indenização. O fato de terceiro refere-se ao caso em que se identifica que o dano ocorreu unicamente em razão de conduta de um terceiro. Por fim, o caso fortuito ou de força maior verifica-se diante de um fato necessário cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. Essas excludentes de responsabilidade se aplicam em todos os regimes de responsabilização, pois afastam o nexos causal.

<sup>3</sup> SILVA, Jorge César Ferreira da. Regras condominiais de restrição às locações por temporada (Parecer). In: Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 28/2021, p. 343-392, jul-set/2021.



# Limites à responsabilização das plataformas digitais

O modelo de negócio das plataformas costuma ser descrito nos seus termos de serviço, com o detalhamento das características da operação, suas limitações e seus riscos. A grande parte dos termos e condições gerais de uso dessas plataformas, já nos seus primeiros itens, estabelece qual exatamente é o serviço que a plataforma se propõe a oferecer. A plataforma pode informar, nos termos de serviços, por exemplo, que (i.) não é fornecedora dos produtos ou serviços anunciados via site/aplicativo; (ii) apenas disponibiliza uma plataforma na internet para que (a) usuários-anunciantes anunciem os seus próprios produtos e serviços; e (b) usuários-interessados possam pesquisar pelos produtos ou serviços disponibilizados pelos usuários-anunciantes; (c) o usuário-anunciante e o usuário-interessado possam se aproximar e negociar os termos da contratação e, se estiverem de acordo, concluir a transação direta e exclusivamente entre si; (d) a disponibilização do produto e serviço será feita pelo usuário-anunciante.

Apesar de ser possível esperar que as Plataformas online proporcionem ambientes seguros para as transações, não é possível exigir-lhes participação ativa nas transações concluídas entre os usuários. É comum que a plataforma conte com mecanismos de identificação de usuários, prevenção de fraudes, proteção de dados, coleta e processamento de pagamentos, ou seja, uma gama de facilidades aptas a permitir que os usuários possam concluir, com certo grau de segurança, as suas transações particulares. Essas atividades, porém, não causam intervenção no conteúdo da contratação, que é estabelecido e discutido somente em relação aos usuários.

Tratando-se de contratações via internet, visando a aumentar a segurança do ambiente online e das transações e evitar fraudes, a plataforma costuma disponibilizar informações sobre condutas a serem observadas pelos usuários e atividades proibidas. A título de exemplo, é comum encontrar informações sobre como o pagamento deve ser realizado (exclusivamente via aplicativo ou site), sobre a vedação de contatos entre os usuários fora da plataforma, a necessidade de conferência de remetentes de e-mails, tentativas de phishing etc. Ao prever mecanismos de segurança e orientações aos usuários, a plataforma cumpre com seu dever de fornecer um ambiente seguro.

Além de assumir a obrigação de respeitar os termos de serviço, os usuários não poderiam, legitimamente, (i.) nem se insurgir contra a plataforma uma vez que ela tenha atuado em conformidade com os termos de serviços e desempenhado as atividades para as quais se propôs; (ii.) nem pleitear indenização nas hipóteses em que descumpriram os termos de serviços e não observaram as orientações sobre segurança disponibilizadas pela plataforma.

Com isso, não pode haver responsabilização da plataforma por danos resultantes de fatos que ultrapassam a extensão do dever de segurança aplicável às transações online. Nessa linha de raciocínio foi o entendimento do STJ no julgamento do REsp 1.193.764/SP, em que se decidiu que “a fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos”.<sup>4</sup>

Em outra oportunidade, decidiu-se que o dever de segurança das plataformas digitais circula em torno da obrigação de “propiciar meios para que se possa identificar cada um dos usuários, a fim de que eventuais ilícitos não caiam no anonimato. Sob a ótica da diligência média que se espera desse intermediador virtual, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site”<sup>5</sup>. Essa individualização permite que, na hipótese de ato ilícito praticado por um dos usuários, a parte lesada possa contra ele demandar.

Essas considerações sobre os limites da atuação da plataforma online, enquanto provedor de aplicações, são relevantes. Em geral, as plataformas online não realizam – e não possuiriam condições materiais de realizar – fiscalização prévia sobre todos os anúncios e sobre os produtos ou serviços anunciados pelos usuários. Essa diligência é, na prática, materialmente impossível de ser exigida. Pense-se na plataforma que permite a realização de pedidos de refeições via delivery: ela jamais poderá fiscalizar todos as opções de pratos veiculadas a cada de acordo com a alteração dos cardápios dos restaurantes, menos ainda poderá acompanhar a preparação dos alimentos ou cada entrega realizada. A plataforma que disponibiliza acomodações para locação em diversos países do mundo jamais poderá inspecionar todos os espaços antes do check-in de cada locatário para aferir a correspondência da acomodação com a descrição do anúncio.

Ou seja, não se pode exigir da plataforma obrigações que vão além daquilo que ela se propôs a prestar, ou, ainda, entender que possa ocorrer a responsabilização por falha ou defeito na prestação de serviço que ela não presta, ou em produtos que ela não produziu, não forneceu e sobre os quais não exerceu nenhuma influência.

A questão é de simples compreensão. Aplicativos que permitem a contratação de refeições não têm qualquer ingerência sobre a qualidade dos pratos vendidos pelos restaurantes, sobre o ponto da carne ou quantidade de sal utilizada no preparo. Logo, não podem ser responsabilizados porque a carne estava muito passada ou porque a comida estava sem gosto. Plataformas que permitem a reserva de acomodações não tem nenhuma ingerência sobre o anúncio do locador, por exemplo, em relação ao número de banheiros da acomodação, à limpeza do imóvel e à localização. Logo, não podem ser responsabilizadas por divergências do anúncio em relação às condições da acomodação, por exemplo, se o espaço estava empoeirado ou continha um lavabo em vez de um banheiro completo. Plataformas para a realização de compras online de roupas e acessórios não tem ingerência sobre o tecido ou sobre o tamanho dos modelos. Logo, se o produto não serve ao usuário, a plataforma não pode ser responsabilizada. Essas vicissitudes das contratações precisam ser endereçadas e tratadas pelos usuários diretamente entre si, da mesma forma que a contratação – a menos, é claro, que os próprios termos de serviço das plataformas prevejam opções aos usuários, como o reembolso de valores ou alguma outra forma de garantia.

Além disso, a plataforma não responde por eventos decorrentes da inobservância dos termos de serviços pelos usuários ou atos praticados pelo usuário sem a cautela e a diligência que é esperada em qualquer transação online, notadamente quanto a pagamentos.

Nesse sentido foi o entendimento do STJ em recente julgado,<sup>6</sup> que afastou o nexo de causalidade entre o serviço de plataforma online de venda de produtos e o dano que teria decorrido de fraude. No caso em questão, a vítima do dano realizou a entrega do celular que anunciou por meio da plataforma sem receber o pagamento correspondente, uma vez que o comprador-fraudatário, valendo-se de um endereço de e-mail falso, encaminhou mensagem eletrônica ao e-mail da vendedora, informando a compra do produto e a necessidade de encaminhá-lo ao adquirente antes do recebimento do valor cobrado. No julgamento, o STJ ressaltou que a fraude praticada pelo terceiro não se relacionava com a atividade de intermediação desenvolvida pela plataforma e, portanto, a atividade da plataforma não integrava o nexo causal que resultou no dano, tratando-se, em verdade, de hipótese de aplicação do instituto do fato de terceiro.

Em um outro caso, a vítima alegou que a plataforma digital “facilitou, contribuiu e concorreu com a fraude, de maneira culposa, quando permitiu que o estelionatário tivesse acesso aos dados pessoais do autor para realizar o contato direto com o mesmo antes de efetuar o pagamento da compra do produto”. No julgamento, concluiu-se que houve culpa exclusiva da vítima, que deixou de adotar as cautelas mínimas, como aquelas constantes das orientações passadas pelo provedor no próprio site. Assim, foi reconhecida a inexistência de falha na prestação de serviços.

Da leitura dos julgados citados, entende-se que, no que se refere às contratações entre os usuários que não observam os termos de uso das plataformas e, portanto, a segurança que a plataforma se compromete a oferecer, aplica-se o instituto da exclusão de responsabilidade por fato exclusivo da vítima ou de terceiro. Na mesma linha, em caso de fraude perpetrada por terceiro, aplica-se o instituto da exclusão de responsabilidade por fato de terceiro.

A partir dessa análise, conclui-se que, para a aplicação do instituto da responsabilidade civil às plataformas digitais, é imprescindível a avaliação e diferenciação do modelo de negócio de cada plataforma, das características do serviço oferecido aos usuários e das obrigações que cada uma das diferentes plataformas se compromete a executar, para que, então, seja verificado, frente ao caso concreto, a efetiva ocorrência de ato ilícito ou falha na prestação de serviço por parte da Plataforma e o nexo causal entre a atividade realizada e o dano ocorrido. Sob a ótica do nexo de causalidade e dos seus desdobramentos, permite-se uma melhor compreensão de que as plataformas digitais não podem ser responsabilizadas pelos eventos decorrentes, exclusivamente, da conduta dos usuários ou de terceiros, notadamente quando se trata do cumprimento de obrigações acertadas pelos usuários entre si.

<sup>4</sup> STJ - REsp: 138214 MT 2012/0039646-0, Relator: Ministra Nancy Andrihgi, Data de Julgamento: 21/11/2013, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 02/12/2013.

<sup>5</sup> STJ - REsp: 138354 SP 2013/0074298-9, Relator: Ministra Nancy Andrihgi, Data de Julgamento: 27/08/2013, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 26/09/2013. Era possível evitar ou impedir. Esses excludentes de responsabilidade se aplicam em todos os regimes de responsabilização, pois afastam o nexo causal.

<sup>6</sup> STJ, Recurso Especial nº 1.880.344/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrihgi, Data: 11/03/2021.

<sup>7</sup> STJ, AREsp nº 1671480/RS, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Publicação: DJ 24/06/2020.



A photograph of a laptop screen showing a document editor. The screen displays a document with placeholder text (Lorem Ipsum) and a rich text editor toolbar. A large white text overlay is centered on the screen, partially obscuring the document content. The background is dark, and the laptop keyboard is visible at the bottom.

# O direito à informação e o consentimento em Termos de Uso e Condições de plataformas digitais

Por Marcela Joelsons e Danyella Marques,  
advogadas de Souto Correa na área  
de Consumidor e Product Liability



# O Direito à informação e o consentimento em Termos de Uso e Condições de plataformas digitais

A introdução das tecnologias no dia a dia da sociedade proporcionou a criação de novas relações, incluindo a disponibilização de experiências, através de redes sociais, e vendas de produtos e serviços por meio da internet.

No entanto, para que seja possível a realização destas atividades, é necessária a coleta, processamento, armazenamento, e, em alguns casos, o compartilhamento de dados pessoais, os quais, na era do Big Data<sup>1</sup>, adquiriram grande valor e visibilidade.

Nesta perspectiva, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, “LGPD”), preocupando-se em resguardar os direitos dos titulares de dados pessoais, elencou uma série de princípios e regras que devem ser observadas no tratamento dessas informações.

Aliada à LGPD, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, “CDC”) estabelece mecanismos visando proteger a parte vulnerável nas relações entre as plataformas e os usuários consumidores.

Dentre as regras estabelecidas pelas legislações elencadas acima, o direito à informação e o consentimento do titular dos dados pessoais adquiriram grande importância e, para que possam ser alcançados, surgiu a figura dos Termos de Uso e Condições disponibilizados pelas plataformas.

Os Termos de Uso e Condições originaram-se da necessidade de transparência do agente de tratamento de dados para com o titular e funcionam como um contrato celebrado entre o fornecedor do serviço e o usuário. No entanto, não basta que estes sejam disponibilizados pelas plataformas, é preciso que atendam a certos requisitos legais, como o acesso facilitado, a utilização de linguagem clara e acessível, a observância aos direitos dos titulares assegurados pela LGPD, além da obtenção do consentimento do usuário de forma livre, informada e inequívoca. É o que se passará a expor de forma mais detalhada.

Em primeiro lugar, a LGPD, em seu artigo 6º, inciso VI<sup>2</sup>, trata sobre o princípio da

transparência, o qual prevê que os titulares deverão ser sempre informados de forma clara, precisa e facilmente acessível sobre a realização de tratamento de seus dados pessoais. Na mesma linha, o CDC, em seu artigo 6º, inciso III<sup>3</sup>, confere aos consumidores o direito básico à informação clara e adequada sobre os produtos e serviços contratados.

Visando atender a estes comandos, o ideal é que os Termos de Uso e Condições sejam disponibilizados em locais de fácil acesso e boa visibilidade nos sites e plataformas. Ainda, a linguagem dos Termos de Uso e Condições deverá prezar pela acessibilidade, ou seja, priorizar-se-á palavras de uso mais cotidiano à termos técnicos. Nesse sentido, o uso de imagens e construção de textos de formas visuais podem ser importantes aliados.

Não menos importante, os Termos de Uso e Condições precisam indicar todas as informações necessárias de forma objetiva, evitando que sejam escritos longos textos que, sem sombra de dúvidas, não serão lidos pelos titulares de dados.

Em segundo lugar, o conteúdo dos Termos de Uso e Condições deve englobar os princípios e direitos constantes na LGPD. De forma geral, estão incluídas informações sobre a forma de tratamento dos dados pessoais, a sua finalidade, bem como eventuais compartilhamentos realizados pelo controlador, além dos direitos dos titulares, como à revogação do consentimento, retificação ou exclusão de dados, entre outros. Para tanto, podem também ser utilizadas Políticas de Privacidade, que constituem instrumento específico para detalhar as práticas adotadas por site ou aplicativo em relação ao uso de dados de seus usuários.

No entanto, veja-se que disposições que violem os direitos de titulares não serão permitidas, ainda que constem nos termos e estes sejam aceitos pelos usuários. Inclusive, o CDC considera nulas as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (Art. 51, inciso IV).

Em terceiro lugar, para que os Termos de Uso e Condições vinculem as partes, é preciso que haja o seu aceite.

Na prática, os contratos podem ser aceitos por meio de três figuras, o shrink-wrap, click-wrap e browse-wrap. Cíntia Rosa Pereira de Lima explica o funcionamento de cada uma, veja-se:



A forma de contratar no meio digital evoluiu, a saber, as figuras shrink-wrap, click-wrap e browse-wrap. Na primeira figura, o consentimento é manifestado por uma conduta (abrir o CD e instalar o programado computador) e pelo silêncio (não retornando o produto em caso de não concordância com as cláusulas contratuais). Na hipótese dos denominados click-wrap, o consentimento é manifestado ao clicar na expressão “eu concordo”, “aceito”, “sim”, ou outras expressões sinônimas. Assim, nesta hipótese, o usuário tem a oportunidade de tomar conhecimento previamente das cláusulas contratuais para poder decidir, conscientemente, se concorda ou não com elas. Por fim, o browse-wrap, termos impostos por uma das partes à outra pelo fato de um usuário navegar em determinada página na Internet, em que se constata a ausência de consentimento.<sup>4</sup>



<sup>1</sup> GOODMAN, Marc. Future Crimes: Tudo está conectado, todos somos vulneráveis e o que podemos fazer sobre isso. São Paulo: HSM Editora, 2015, p. 91 - 92.

<sup>2</sup> Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

<sup>3</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

<sup>4</sup> LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Contratos de adesão eletrônicos (“shrink-wrap” e “click-wrap”) e termos e condições de uso (“browse-wrap”). Revista de Direito do Consumidor, vol. 133, ano 30, p. 109-154. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2021.



# O Direito à informação e o consentimento em Termos de Uso e Condições de plataformas digitais

Em paralelo, a LGPD, através de seus artigos 5º, inciso XII<sup>5</sup> e 8º<sup>6</sup>, indica que o consentimento deverá ser expresso por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular, de forma livre, informada e inequívoca.

Implica dizer que não é qualquer forma de aceite que será considerada vinculante. Claudia Lima Marques, inclusive, ressalta a necessidade de cautela para interpretação destas manifestações de vontade:

Assim, se o consumidor faz um click para abrir o contrato, isto não pode ser interpretado como se ele estivesse aceitando a oferta, ou que o contrato se perfectibilizou. Deve ser possível ler o contrato e mesmo o imprimir, sem o concluir, pois o contrato é informação para o consumidor e é o direito de escolha deste último que está em jogo. O abuso da 'ordem' de impulsos eletrônicos, ou da ordem de telas abertas é justamente o de somente informar o conteúdo do contrato quando este já está aceite, ou de somente permitir baixá-lo (download), quando o consumidor já se tornou contratante.<sup>7</sup>

Nesta perspectiva, as plataformas devem ter cuidado com a forma de obtenção do consentimento para o tratamento de dados pessoais. Mais especificamente, deve ser garantido ao titular de dados pessoais a possibilidade de acesso aos Termos de Uso e Condições anteriormente à contratação. A forma de aceite click-wrap é a mais indicada para tanto.

Por outro lado, se o consentimento for imposto na forma take it or leave it (i.e., aceite ou saia), sem que sejam dadas escolhas ao usuário de consentir sobre determinados aspectos do tratamento de dados, poderá restar configurada sua abusividade, já que esta modalidade retira a real escolha do indivíduo. Uma boa prática seria a adoção do consentimento granular, ou seja, em camadas, onde o usuário poderá escolher, dentre opções elencadas pela plataforma, autorizar o uso de seus dados pessoais para determinados fins. De forma exemplificativa, o titular poderá aceitar o tratamento de dados pessoais para a

contratação do produto ou serviço, mas, ao mesmo tempo, terá a possibilidade de não permitir a utilização do seu e-mail para recebimento de eventuais promoções e divulgação de novos produtos e serviços da plataforma.

Configurações pré-definidas de aceite, a exemplo das caixas de seleção que já vem marcadas, também, poderão ser consideradas abusivas, por condicionarem a manifestação de vontade do titular de dados pessoais, indo contra os conceitos de privacy by design e privacy by default, que visam garantir a privacidade dos usuários nos sistemas informáticos durante todo o ciclo de vida dos dados, sem a necessidade de alterações manuais de configurações.

Com efeito, a demonstração de que houve um efetivo consentimento do titular de dados garante uma maior segurança à operação, na medida em que vinculará o usuário às regras estabelecidas pela plataforma para contratação do produto ou serviço, além de garantir que os tratamentos de dados pessoais sejam realizados de forma lícita, por contarem com uma base legal válida.

Verifica-se, assim, que tanto o conteúdo dos Termos de Uso e Condições, quanto a formalização do aceite, devem estar em conformidade com a LGPD e o CDC, sob pena de não cumprirem sua função e serem considerados nulos, sujeitando as plataformas à imposição de penalidades, como o arbitramento de multas e até mesmo suspensão de suas atividades por órgãos de defesa do consumidor e pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

<sup>5</sup> Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

<sup>6</sup> Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

<sup>7</sup> MARQUES, Claudia Lima. Confiança no comércio eletrônico: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Ed. RT, 2004, p.272.





# Comercialização de medicamentos em plataformas de intermediação e em market places: atual regulamentação, discussões em curso e desafios

*Por Matheus Montecasciano, advogado do time de Life Science e Healthcare de Souto Correa*





# Comercialização de medicamentos em plataformas de intermediação e em marketplaces: atual regulamentação, discussões em curso e desafios

## Introdução

Em 22 de abril de 2022, o Ministério da Saúde publicou a Portaria 913/2022, que declara o fim da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (“Espin”) em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus, em razão da queda significativa nos registros de novos casos, óbitos e hospitalizações decorrentes da Covid-19.

Independentemente da oficialização do fim da Espin, a era pós-pandemia apresenta novos modelos de negócios para o setor da saúde, que já estão sob o olhar atento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (“Anvisa”) desde ao menos o segundo semestre do ano passado.

Diante das medidas de quarentena e de isolamento social, o comércio eletrônico trouxe inequívocos benefícios aos usuários que buscavam iniciar ou dar continuidade aos seus tratamentos de saúde, possibilitando a aquisição de medicamentos, suplementos alimentares, produtos para saúde, cosméticos, alimentos, dentre outros.

É nesse contexto que as plataformas de intermediação, responsáveis pelo elo entre três atores – farmácias/drogarias licenciadas, prestadores independentes de serviços de entrega e usuários dos aplicativos ou apps - foram as responsáveis para que a manutenção dos tratamentos médicos e do acesso à saúde fosse executada de forma 100% virtual. Neste mesmo cenário, marketplaces tradicionais também passaram a comercializar produtos regulados pela Anvisa dentro de seus sites de comércio eletrônico.

Vale dizer que todos os produtos acima mencionados estão sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas pela Anvisa, nos termos da Lei 6.360/1976, e, via de regra, requerem a obtenção de registro ou autorização/notificação prévios à comercialização.





## Comercialização de medicamentos em plataformas de intermediação e em marketplaces: atual regulamentação, discussões em curso e desafios

### Regulamentação Sanitária Vigente

O marco regulatório vigente (RDC 44/2009) prevê a possibilidade da dispensação de medicamentos solicitados por meio remoto (internet, por exemplo), mas impõe algumas **restrições**.

A regulação mencionada limita a venda/dispensação de medicamentos solicitados por meios eletrônicos a farmácias e drogarias que estejam licenciadas perante as autoridades sanitárias competentes e sejam abertas ao público, contando com um farmacêutico responsável técnico presente durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento.

#### Outras condicionantes incluem:

- Os medicamentos que exigem apresentação de prescrição médica devem ser submetidos para validação prévia das farmácias/drogarias;
- Os medicamentos sujeitos a controle especial (substâncias entorpecentes, psicotrópicas, anorexígenas, retinóicas, anabolizantes, entre outras previstas na Portaria 344/1998 do Ministério da Saúde) não podem ser solicitados por meios eletrônicos;
- A solicitação remota de medicamentos deve ser realizada somente por meio do site da farmácia / drogaria (por meio do domínio “.com.br”);
- O transporte do medicamento até o endereço indicado pelo usuário é de responsabilidade da farmácia/drogaria, podendo ser terceirizado a outra empresa devidamente regularizada para tal atividade.

Como se nota, a regulação sanitária vigente foi editada em 2009, ou seja, **antes** da chegada, por exemplo, do primeiro *Smartphone Android* no país e antes da criação do *WhatsApp*.

Como é de conhecimento geral, os apps/sites dos *players* existentes hoje no mercado de comércio eletrônico de medicamentos/plataformas de intermediação surgiram alguns anos após 2009.

Logo, acelerada pela pandemia, é possível notar, de forma bem estabelecida na sociedade, uma demanda crescente de plataformas online de intermediação e de plataformas de comércio eletrônico que passaram a considerar a comercialização de medicamentos - atualmente restritos a farmácias e drogarias, de acordo com a RDC 44/2009 - efetiva e eficiente instrumentalização de acesso à saúde.

### Momento inicial da atenção da Anvisa para o tema

O dia 02 de agosto de 2021 pode ser considerado como o marco zero da discussão do tema pela Anvisa, por meio do Workshop online para tratar do “comércio de produtos sujeitos a vigilância sanitária em plataformas de e-commerce”.

Nessa oportunidade, a Agência reconheceu o descompasso do atual marco regulatório em face das novas tecnologias e modelo de negócios, e conseqüentemente, abordou sobre a necessidade de modernização das regulações vigentes para proporcionar maior segurança jurídica às plataformas de intermediação e *marketplaces* que - embora não sejam licenciados como farmácia, nem como drogaria - desejam explorar o comércio eletrônico de produtos regulados, incluindo medicamentos.





# Comercialização de medicamentos em plataformas de intermediação e em marketplaces: atual regulamentação, discussões em curso e desafios

## Criação de Grupo de Trabalho

Após começar a se debruçar sobre o tema, a Agência percebeu que, mesmo dentro desse novo nicho, havia *players* com diferentes modelos de negócios, e conseqüentemente, com interesses divergentes face à modernização do marco regulatório vigente.

Assim, a Anvisa entendeu pela necessidade de colocar todos os *players* e Associações na mesma mesa de discussão para chegarem a um marco regulatório moderno e eficiente, capaz de trazer segurança jurídica ao setor, sem expor os usuários a riscos sanitários.

Bem por isso, em 10 de fevereiro de 2022, a Anvisa publicou a Portaria nº 76/2022, que instituiu um Grupo de Trabalho (GT) com objetivo revisar os requisitos técnicos e regulatórios para a solicitação remota de dispensação de medicamentos.

A coordenação desse GT é feita pela Gerência de Inspeção e Fiscalização de Medicamentos e Insumos Farmacêuticos (Gimed) e conta com representantes das associações de comércio eletrônico, de redes de farmácias, de conselhos profissionais e institutos de varejo, da indústria farmacêutica, dentre outros.

A Portaria nº 76/2022 já passou por três atualizações para inclusão/atualização de participantes no GT, tendo a última delas ocorrido em 08 de agosto, por meio da publicação da Portaria nº 617/2022. Esta última Portaria prorrogou os trabalhos do GT até o dia 11 de novembro de 2022. De todo modo, pela complexidade do assunto, é possível que haja uma nova extensão deste cronograma.

Ademais, o GT poderá contar com a participação de especialistas que não estão nomeados nas Portarias, a fim de colaborar com a realização dos trabalhos.

Nesse sentido, andou bem a Anvisa ao admitir a participação de consultores externos, como por exemplo, de médicos sanitários, farmacêuticos consultores, e até mesmo de advogados especialistas em Direito Civil, Direito Digital, pois muitos dos desafios de acomodação regulatória da nova realidade passa pela correta compreensão de conceitos jurídicos relevantes que acabam extrapolando o dia a dia da Agência reguladora.

## Processo administrativo regulatório aberto para revogação da Seção V, Subseção I da RDC 44/2009

Em 2 de abril, a Anvisa publicou em seu site o Termo de Abertura de Processo (TAP) nº 34/2022, relativo à abertura de processo regulatório para revogação da Seção V, Subseção I da RDC 44/2009 – que trata dos requisitos técnicos e regulatórios para a solicitação remota de dispensação de medicamentos - e inclusão de uma Instrução Normativa específica para regulamentar a solicitação remota para dispensação de medicamento.

A situação-problema motivadora de abertura segue transcrita abaixo nas palavras da própria Anvisa:

“Na época da publicação da RDC nº 44/2009, não existiam as plataformas de e-commerces, aplicativos de celular ou redes sociais para permitir a regulamentação, assim a normativa não foi capaz de abarcar e agir de forma ampla acerca dos avanços tecnológicos. Durante a revisão da referida regulamentação, contudo, foi identificado que o **comércio eletrônico de medicamentos foi amplamente utilizado e necessário no cenário da pandemia**. Diante da crescente demanda e do esforço da área técnica em regulamentar o mercado com a normativa vigente, entende-se que é necessário de forma emergente a rediscussão do tema com o setor para tratar do risco e **decidir sobre a inclusão de instrução normativa específica para este fim, englobando os novos atores envolvidos no comércio eletrônico**.”

## Projetos de Lei: comércio eletrônico

Há mais de 70 projetos de lei que tramitam na Câmara dos Deputados sobre comércio eletrônico.

Contudo, vale destacar o Projeto de Lei nº 4.906/2001, que possui outros 34 projetos de lei apensados e propõe regras mais detalhadas sobre o tema: informações de divulgação obrigatória ao consumidor; segurança e proteção de dados pessoais; validade de contratos eletrônicos; e responsabilização de provedores, serviços de conexão, armazenamento ou transmissão e fornecedores de serviços e produtos.

Assim, a positivação de conceitos jurídicos relevantes pelo Legislativo pode ser ferramenta importante para a Agência Reguladora trabalhar com segurança jurídica na nova regulamentação sanitária sobre o tema.

## Comércio eletrônico de medicamentos no mercado norte-americano

Nos Estados Unidos, a venda de medicamentos isentos de prescrição (os chamados OTC over-the-counter) ocorre de forma menos restrita, com dispensa de requisitos de registro ou licenciamento dos locais de venda, sendo inclusive encontrados em diversos marketplaces.

Com relação à venda de medicamentos controlados, há leis federais que regulam as farmácias online, como o Ryan Haight Online Pharmacy Consumer Protection Act of 2008, que exige o registro de todas as farmácias online que dispensam substâncias controladas junto ao DEA (Drug Enforcement Administration).

O referido estatuto federal permite a venda online de medicamentos controlados mediante a apresentação de uma prescrição médica, que para ser válida, deve ser vinculada a uma consulta médica presencial (a prescrição médica emitida por teleconsulta é permitida desde que tenha ocorrido uma consulta presencial nos últimos 24 meses).

Além disso, o FDA (Food and Drug Administration) não tem uma regulamentação sobre regras de publicidade aplicáveis em sites e marketplaces, mas tem uma página de recomendações para que os usuários estejam atentos às plataformas online mal intencionadas que podem estar vendendo medicamentos não regularizados perante o FDA ou falsificados.



## Comercialização de medicamentos em plataformas de intermediação e em marketplaces: atual regulamentação, discussões em curso e desafios

### Outros desafios e novas tendências



O primeiro desafio a ser superado pela Agência e pelos *players* do setor é a modernização da RDC 44/2009, acomodando o modelo de negócio recrudescido durante a pandemia, atingindo-se a segurança jurídica almejada.

Contudo, vemos que um dos próximos desafios a ser enfrentado pela Agência e pelos *players* será a atualização da RDC 96/2008, que dispõe sobre a propaganda, publicidade, informação e outras práticas cujo objetivo seja a divulgação ou promoção comercial de medicamentos.

O marco regulatório vigente relativo à publicidade e propaganda de medicamento é até mesmo anterior à RDC 44, e naturalmente não contempla novas realidades e anseios das plataformas de intermediação e das plataformas em geral de e-commerce, situação que também gera insegurança jurídica.

A despeito de a revisão da RDC 96/2008 não constar da Agenda Regulatória 2021-2023 da Anvisa, esse pode ser mais um tema que justificará a inclusão em pauta de debate dada a sua urgência e acomodação de outras realidades que não poderiam ter sido previstas pela Agência à época da edição das RDCs em comento.

Outro tema que demandará um novo e atual posicionamento da Anvisa para fins de segurança jurídica às plataformas de intermediação e aos *marketplaces* será a **prescrição eletrônica de medicamentos**.

Atualmente, de acordo com a [Nota Técnica ANVISA nº 31/2020](#):

- **receitas digitalizadas** (fotocópia ou cópia digitalizada de uma receita emitida e assinada de forma manual pelo médico): estão autorizadas apenas para medicamentos sujeitos à prescrição em receita simples (sem retenção), ou ainda, isentos de prescrição médica.

- **receitas digitais (com assinatura digital certificada pelo sistema ICP-Brasil)**: podem ser utilizadas não só para medicamentos isentos de prescrição ou de receitas simples, como também medicamentos antimicrobianos e de controle especial que contenham substâncias da Lista C1 e C5 e dos adendos A1, A2 e B1 da Portaria MS nº 344/1998. Neste caso, antes de dispensar o medicamento, o farmacêutico responsável deve conferir a validade da prescrição eletrônica através do [validador de assinaturas eletrônicas em documentos digitais de saúde](#), plataforma disponibilizada pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI).

É válido ressaltar que o posicionamento da Anvisa sobre o tema decorreu da provocação do Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo (CRF-SP) em relação à possibilidade de dispensação de medicamentos sujeitos a controle especial mediante apresentação (no balcão das farmácias/drogarias) de prescrições eletrônicas com assinatura digital.

De todo modo, a Nota Técnica nº 31/2020 nada dispõe sobre a apresentação de prescrições eletrônicas com assinatura digital através de meios remotos (internet, plataformas de intermediação, marketplaces), e possivelmente estará em descompasso com o texto da RDC 44/2009 que será atualizado após o fim dos trabalhos do GT criado pela Anvisa.

Há outras tendências que invariavelmente a Anvisa também terá que se debruçar. Uma delas é a necessidade de acomodar as chamadas “dark pharmacies” dentro do novo marco regulatório de dispensação de medicamentos solicitados por meio remoto.

Em resumo, as “dark pharmacies” são unidades relacionadas ao último estágio da cadeia logística e funcionam exclusivamente como ponto licenciado de armazenamento, separação, coleta e envio de medicamentos comercializados no mundo digital e **não** são abertas ao público. Naturalmente, as dark pharmacies reduzem os custos imobiliários e de staff.

A ideia da “dark pharmacy” permite que *players* transformem a forma como as pessoas consomem saúde e tratamentos no Brasil, oferecendo uma experiência diferenciada e baseada em tecnologia, tendo como pilares o conforto e segurança proporcionados pelo mundo digital.

Nesse sentido, relembramos que a regulamentação vigente dispõe que a dispensação de medicamentos solicitados por meios eletrônicos deve ser solicitada a farmácias e drogarias que sejam **abertas ao público**.

A despeito da capilaridade das redes de farmácias e drogarias nos grandes centros urbanos, cada vez mais e mais os usuários querem ter respostas rápidas e customizadas às suas necessidades, e isso significa permitir que eles tenham acesso aos produtos comprados quando, onde e como quiserem. E para atender essa demanda acelerada, os *players* precisam repensar sobre a infraestrutura dos centros de distribuição tradicionais; sendo preciso se aproximar dos clientes para que os resultados esperados ocorram.

Ademais, outro ponto que exigirá debates mais profundos pela Agência Reguladora será a consolidação da presença das *vending machines*. Embora já presente ao menos nos grandes centros urbanos, atualmente a legislação e a regulação sanitárias vigentes exigem que a comercialização de medicamentos, incluindo os isentos de prescrição, deve ser através de farmácias.

Dessa forma, considerando as novas experiências de consumo e a demanda crescente por programas customizados, rápidos, práticos e eficientes, a oferta online e utilização de *vending machines* por outros *players* do setor da saúde – além das farmácias e drogarias – parece ser uma tendência do mercado brasileiro, de modo que esse assunto também merecerá um olhar atento da Agência.

Em suma, a sociedade anseia que a Anvisa esteja atenta às suas novas necessidades de consumo e novos modelos de negócios, recrudescidos durante a pandemia da Covid-19, para que a regulação sanitária acompanhe, na medida do possível, o avanço tecnológico.

Nesse sentido, o franco diálogo com o setor e a sociedade - a exemplo da criação do GT criado para revisar os requisitos técnicos e regulatórios para a solicitação remota de dispensação de medicamentos – são iniciativas muito bem-vindas por parte da Anvisa, notadamente para que os marcos regulatórios sejam criados/atualizados de modo eficiente.



# Plataformas digitais: um novo palco para a prática de crimes

Por Guilherme Aresi Madruga Lopes e  
Roberto Vedei Júnior, respectivamente,  
advogado e estagiário de Souto Correa  
na área de Penal Empresarial



# Plataformas digitais: um novo palco para a prática de crimes

## 1. A expansão do ambiente econômico digital: um novo cenário para o crime

As plataformas digitais vêm tornando-se um ponto focal para a oferta de produtos e serviços cada vez mais variados e conectados com as necessidades e anseios do mercado. Com a sua expansão, surgem também novas formas de lesar consumidores, empresas e usuários. As facilidades encontradas no ambiente digital (como o encurtamento de distâncias, o anonimato, a possibilidade de encontrar em um mesmo ambiente vítimas de diversos perfis e vulnerabilidades) tornam as plataformas digitais um meio propício para a prática de crimes de diferentes espécies.

Trata-se do desenvolvimento de um novo tipo de criminalidade, denominada de cibernética, que assim se identifica em razão do ambiente e dos meios pelos quais é praticada. Os crimes cibernéticos podem ser complexos e demandar um conhecimento técnico relevante para sua concretização, como é o caso do crime de invasão de dispositivo informático, como podem tratar-se de crimes sem maior complexidade, mas que se aproveitam da vulnerabilidade das vítimas, ainda mais latente em meio digital, como o estelionato.

A seguir, abordam-se alguns dos crimes comumente praticados no ambiente digital e, posteriormente, expõem-se alguns instrumentos jurídicos que podem ser utilizados na repressão destes crimes.

## 2. Crimes praticados no ambiente digital

### 2.1. Crime de invasão de dispositivo informático (art. 154-A, CP)

Dentre os tipos penais criados para coibir crimes cibernéticos, chama-se atenção, inicialmente, para o **crime de invasão de dispositivo informático**. Introduzido inicialmente pela Lei n. 12.373/2012 (popularizada por Lei Carolina Dieckmann) no artigo 154-A, do Código Penal, teve a sua redação recentemente modificada pela Lei n. 14.155 de 2021. Esse tipo de delito é perpetrado por meio da manipulação de dados, programas ou sistemas informáticos (SOUZA, 2022, s.p.) e vem sendo praticado com grande frequência por organizações criminosas, que arquitetam ataques cibernéticos em prejuízo de empresas e instituições governamentais. Não raro, esses ataques vêm, seguidos de extorsão (art. 158, CP), em que se almejam vantagens econômicas em troca da liberação dos sistemas bloqueados pelo ataque cibernético.

A redação atual desse crime traz uma pena de até 4 (quatro) anos de reclusão e multa, para a conduta de “Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita” (art. 154-A, caput, CP). Além disso, traz a mesma pena para quem “quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput” (art. 154, §1º, CP). Entretanto, não é somente isso. Atento aos prejuízos econômicos que essa conduta de invasão de dispositivo informático pode causar, o legislador estabeleceu causa de

aumento de pena em até 2/3 (dois terços), caso da invasão resulte prejuízo econômico (art. 154-A, §2º, CP).

Ainda, o art. 154-A do Código Penal estabelece pena máxima de 5 anos de reclusão, se da invasão de dispositivo informático “resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido” (art. 154-A, §3º, CP). Nesta hipótese, “aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos” (art. 154-A, §4º, CP).<sup>1</sup>

Contudo, para que haja o processamento do crime de invasão de dispositivo informático, exige-se, via de regra, a representação da vítima, tendo em vista tratar-se de crime de ação penal pública condicionada à representação (art. 154-B, Código Penal).<sup>2</sup> Isso significa que a persecução penal fica condicionada à manifestação de vontade da vítima, de modo que tanto o início das investigações quanto a propositura da ação penal pelo Ministério Público ficará condicionada à representação formal da vítima. No ponto, ressalta-se: o mero registro de boletim de ocorrência não configura representação, sendo necessário que a pessoa que teve o seu dispositivo informático invadido expresse que deseja que o autor seja responsabilizado.

Nesse contexto, quando do registro de ocorrência, muitas vezes já é possível manifestar o interesse formal de representação, para o impulso da persecução penal. Caso isso não seja feito desde logo, a autoridade que conduz a investigação deverá indagar o interessado acerca do interesse de representar ou não, para que a persecução do crime seja possível. Na sequência, caso a representação seja formalizada, esta poderá ser retratada até o oferecimento da denúncia, que deflagra o início da ação penal, sendo, após isto, irretratável.<sup>3</sup>

De qualquer forma, o simples ato de a vítima registrar o boletim de ocorrência perante a Autoridade Policial já revela-se de extrema importância para fins estatísticos e, conseqüentemente, para elaboração de políticas criminais específicas. Ao cabo, a prática investigativa reiterada, viabilizada pela representação do ofendido, também acaba, reflexamente, por mostrar lacunas no âmbito legislativo e promove o desenvolvimento de métodos investigativos para a apuração dos fatos.

<sup>1</sup> Art. 154-A, Código Penal. Invasão de dispositivo informático. Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: I - Presidente da República, governadores e prefeitos; II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou IV - dirigente

máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

<sup>2</sup> Art. 154-B, Código Penal. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

<sup>3</sup> Art. 5º, § 4º, Código de Processo Penal. O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

<sup>4</sup> Art. 129, Constituição Federal de 1988. “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;” Art. 24, caput, Código de Processo Penal. “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

<sup>5</sup> Art. 25, Código de Processo Penal. A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.



## 2. Crimes praticados no ambiente digital

### 2.2. Fraudes cometidas de forma eletrônica ou pela internet

Há outras condutas delitivas no espaço cibernético que são meio ou fim para a obtenção de vantagens econômicas. Pensando nisso, além de reformar o crime de invasão de dispositivo informático, a lei n. 14.155 de 2021 criou modalidades de estelionato e de furto praticados por meio de fraude eletrônica. Com isso, o legislador buscou a punição de condutas criminosas com objetivos econômicos perpetradas por meios eletrônicos.

Tanto o estelionato quanto o furto são crimes que já eram previstos no Código Penal e que passaram a contar com modalidade específica para a prática mediante fraude eletrônica. No estelionato a vítima é induzida a entregar a coisa, ao passo que no furto o bem é subtraído da vítima independentemente de sua ciência (PRADO; CARVALHO e CARVALHO, 2015, p. 879).

Nesse contexto, o crime de estelionato já se encontra previsto no artigo 171, caput, do Código Penal, e prevê a obtenção de vantagem ilícita pela indução de outra a erro mediante fraude (artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento).<sup>6</sup> Exigem-se, então, esses três elementos para a caracterização do delito de estelionato: fraude (ardil ou engano), erro e disposição patrimonial prejudicial (PRADO; CARVALHO e CARVALHO, 2015, p.953).

Portanto, com uma pena de até 8 (oito) anos de reclusão e multa, o **crime de estelionato mediante fraude eletrônica** veio disposto no artigo 171, §2º-A, do Código Penal, previsto para as situações em que a fraude - utilizada para a obtenção de vantagem ilícita de outrem - é praticada com a “utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo”. Sendo assim, neste caso, o agente do crime utiliza-se de informações fornecidas pela vítima ou por terceiros que foram induzidos a erros; e utiliza as redes sociais, contatos telefônicos, correios eletrônicos (e-mail) ou outros meios fraudulentos para a prática delitiva.

Em contrapartida, o crime de furto vem previsto, em sua forma comum, no art. 155 do Código Penal, estabelecendo como furto a conduta de “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel” e fixando uma pena de até 4 (quatro) anos e multa. Em contrapartida, o artigo previsto no artigo 155, §4º-B, do Código Penal prevê o **crime de furto mediante fraude eletrônica**, com uma pena de reclusão de até 8 (oito) anos e multa. No ponto, a descrição da conduta típica prevê a situação de furto “cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo” (artigo 155, §4º-B, do Código Penal). No caso, a vítima não colabora com o agente do crime, mas o furto (a subtração de coisa alheia móvel) é viabilizado por meio de um dispositivo eletrônico - ou seja, o meio fraudulento não é utilizado para a indução da vítima a erro, mas sim para a própria subtração do bem alheio.

De qualquer forma, em ambos os casos, tanto no crime de estelionato por fraude eletrônica quanto no de furto por fraude eletrônica, pune-se mais gravemente a criminalidade cibernética transnacional. Isso porque, em ambos os crimes, e “considerada a relevância do resultado gravoso”, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) “se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional” (art. 155, §4º-C, a, Código Penal;<sup>7</sup> art. 171, §2º-B, Código Penal<sup>8</sup>).

### 2.3. Crimes comuns no ambiente digital

Não raro, outros delitos são cometidos no ambiente digital. Por consequência, diante da ausência de normas específicas no tema, aproveitam-se as previsões gerais sobre crimes, originariamente idealizados para condutas fora do ambiente digital, com o objetivo de punição de crimes cibernéticos.

Por exemplo, tendo em vista que nem toda conduta de estelionato praticada por meio virtual pode ser enquadrada no crime de estelionato mediante fraude eletrônica (art. 171, §2º-A, Código Penal), é possível que determinado caso seja processado pelo crime de estelionato em sua forma comum (art. 171, caput, Código Penal), cuja punição em abstrato é de até 5 (cinco) anos e multa (art. 171, caput, CP). Ainda, é possível que a conduta delitiva praticada por meios digitais abarque uma pluralidade de outros crimes. É possível que envolvam extorsão (art. 158, Código Penal)<sup>9</sup>, um número grande de falsidades (Capítulo III do Código Penal), crimes contra a honra, dentre outros crimes próprios do ambiente digital. Isso porque os crimes praticados no ambiente digital são bastante variados e revelam um tipo de criminalidade específica, com objetivos econômicos e reputacionais próprios.



<sup>6</sup> Art. 171, caput, Código Penal. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

<sup>7</sup> Furto mediante fraude eletrônica. Art. 155, § 4º-B e §4º-C, Código Penal. § 4º-B. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo. § 4º-C. A pena prevista no § 4º-B deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso: 1 - aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional; (...)

<sup>8</sup> Estelionato por meio eletrônico. Art. 171, §2º-A e §2º-B, Código Penal. § 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo. § 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional.

<sup>9</sup> Art. 158, Código Penal: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.”



## 3 Desafios para repressão dos crimes cibernéticos

Embora haja o esforço comum de agentes públicos e privados na prevenção de delitos cibernéticos, quando estes ocorrem, a repressão da criminalidade cibernética perpassa por diversos desafios, que não estão restritos apenas à ausência de legislação específica sobre a temática. Os crimes cibernéticos, por vezes, dizem respeito a uma criminalidade sofisticada, que utiliza técnicas cada vez mais refinadas e tecnológicas para perpetrar ilícitos. Essa realidade exige, em contrapartida, uma maior especialização dos agentes que atuam no mercado e de técnicas investigativas empregadas pelas autoridades competentes.

Portanto, quando se trata de incidentes de natureza criminal, há uma série de aspectos a serem avaliados com o fim de se montar uma estratégia efetiva para a repressão do ilícito, tanto do ponto cível quanto do criminal. Diante disso, a vítima desse tipo de crime precisa saber como proceder diante de incidentes cibernéticos, a quem recorrer e como comunicar os fatos às Autoridades Públicas. Para além do registro da ocorrência e da comunicação de eventual delito às Autoridades, as vítimas precisam saber também em qual estabelecimento comunicar a ocorrência do crime e que contará como o aparato mais adequado para investigar o ilícito.

Além disso, há desafios específicos quanto à repressão da criminalidade cibernética. A investigação de crimes cibernéticos exige técnicas investigativas próprias para a descoberta da autoria delitiva, o que se torna especialmente relevante quando crimes cibernéticos são praticados por agentes com domínio técnico altamente sofisticado e que empregam diversas medidas para eliminar os rastros de suas ações.

Outro desafio também existente diz respeito ao processamento dessas condutas. Via de regra, a competência para investigação e processamento de crimes é do local em que o delito foi praticado (art. 70 do Código de Processo Penal). Porém, quando falamos em crimes cibernéticos, não há como delimitar, precisamente, onde a conduta foi perpetrada, em razão de o crime acontecer no ciberespaço, local que não é necessariamente definido a partir de critérios físicos, geográficos ou temporais, mas sim pelo intercâmbio de informações entre indivíduos.

Atento a esse problema, em 2021 o legislador penal acrescentou novo dispositivo no Código de Processo penal, determinando a competência no domicílio da vítima para algumas formas do crime de estelionato (art. 70, §4º, Código de Processo Penal). Com a alteração, as autoridades do local da vítima passaram a ser competentes para investigar os crimes de estelionato (art. 171, Código Penal), quando perpetrados “*mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores*”.

Adicionalmente, os desafios para a repressão da criminalidade cibernética também passam pela prevenção à prática desses delitos. Essa prevenção, contudo, não diz respeito apenas a investimento técnico em cibersegurança, como também ao treinamento pessoal de empregados quanto aos cuidados quanto à segurança no meio virtual. Muitas vezes, ataques a sistemas corporativos têm os colaboradores da empresa como alvos de crackers, que buscam senhas fracas, acesso a sites ou links suspeitos, induzindo os colaboradores a erro. Com a pandemia de COVID-19, essa preocupação se intensificou. A partir da ampliação do trabalho remoto, grande parte da força de trabalho passou a laborar no ambiente doméstico, em relação ao qual se exige mais atenção à segurança digital e à defesa contra-ataques virtuais. Nesse sentido, parcela dos esforços destinados à prevenção de ataques cibernéticos também passa pelo treinamento efetivo de todos os colaboradores das empresas, diminuindo riscos e brechas, com vistas à criação de um ambiente corporativo mais seguro do ponto de vista virtual.

## 4 Conclusão

O desenvolvimento tecnológico possibilitou a extensão das atividades econômicas para o âmbito digital, as quais encontraram, nas plataformas digitais, reforço para a oferta de produtos e serviços online, bem como um modo de suprir a demanda do mercado por maior eficiência no comércio virtual. No entanto, a expansão para o ambiente digital acarreta novos desafios para as empresas e as pessoas, bem como para a sociedade. Dentre essa gama de desafios, há particularidades para a tutela de direitos e para a releitura de institutos tradicionais do direito, não idealizadas – inicialmente – aos problemas do mundo digital.

Com isso, não apenas as pessoas se tornaram vítimas cotidianas de crimes praticados em ambientes virtuais, como também as empresas se tornam vítimas de ataques e golpes elaborados. Em 2021, foi sancionada a Lei n. 14.155, que, dentre outras medidas, recrudescer as penas aplicadas aos crimes de violação de dispositivo informático e incluiu, no rol de delitos do Código Penal, os crimes de furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet, delitos estes que mantêm estrita ligação com plataformas digitais. Em contrapartida, há uma série de outros delitos que podem ser praticados no ambiente digital e que merecem atenção das empresas que atuam neste mercado.

Sendo assim, como todas as pessoas e negócios são um potencial alvo de crimes praticados no ambiente virtual, saber como agir é fundamental para o aumento da segurança nas relações intermediadas por meios virtuais. No ponto, inserem-se iniciativas preventivas de investimento em aparato técnico e em tecnologia da informação, em proteção de dados, e em um programa de compliance atento aos riscos e necessidades de segurança da informação do negócio. Inserem-se também iniciativas de gestão de crise, destinadas a lidar com situações limítrofes de criminalidade especializada na prática de crimes em ambiente virtual.

Diante disso, essa atenção passa por medidas preventivas, mas também por estratégias para a gestão de crise em caso de incidentes cibernéticos. Nesse ínterim, medidas penais podem ser pensadas como medidas complementares e estratégicas para a proteção das empresas que, cada vez mais, são vítimas de delitos elaborados e que põem em risco suas atividades no mercado digital.

## Referências

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 12 mai. 2022.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3.689, de 7 de dezembro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 12 mai. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm#art2). Acesso em: 12 mai. 2022.


\_\_\_\_\_. Lei n. 14.155, de 27 de maio de 2021. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tornar mais graves os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet; e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para definir a competência em modalidades de estelionato. Brasília: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14155.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14155.htm#art1). Acesso em: 12 mai. 2022.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de Direito Penal Brasileiro. 14.ed. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SOUZA, Luciano Anderson. Direito penal, volume 2 [livro eletrônico]: parte especial : arts. 121 a 154-A do CP. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

\_\_\_\_\_. Direito penal, volume 3 [livro eletrônico]: parte especial: arts. 155 a 234-B do CP. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.



A person wearing a dark hoodie and jeans is shown from the waist up, holding a white sneaker. The background is a dark teal color. A vertical orange bar is positioned behind the text.

# A necessidade de autorização prévia por utilização da obra e por modalidade de exploração à luz da Lei 9.610/98

Por Leticia Provedel e Gabriela Freire,  
respectivamente, sócia e advogada na área  
de Propriedade Intelectual de Souto Correa



# A necessidade de autorização prévia por utilização da obra e por modalidade de exploração à luz da Lei 9.610/98

A Lei 9.610/98 (“LDA”) foi promulgada com o objetivo claro de ampliar a proteção às obras e seus autores. Por essa razão, trouxe diversos direitos e limitações aos contratos de direitos autorais, dentre elas a obrigatoriedade de o criador autorizar previamente a exploração da obra por cada utilização, não se admitindo autorização tácita por decurso do tempo ou ampliação a demais modalidades não expressamente pactuadas.

Primeiramente, é preciso destacar que os direitos autorais são divididos em direitos morais, cujos vínculos perenes unem o criador à sua obra em defesa de sua personalidade<sup>1</sup>, e em direitos patrimoniais. Com o intuito de tornar efetivo o direito de exclusividade dos autores, na linha do que protege o art. 28 da LDA e o art. 5º, XXVII da Constituição Federal, a estrutura obrigacional do direito do autor se funda, dentre outras, na necessidade prévia de: (i) autorização para utilização de cada direito patrimonial e (ii) especificação de cada direito cedido ou licenciado, de forma expressa e prevista contratualmente<sup>2</sup>, podendo o autor “interferir em qualquer modalidade não contratada ou surgida com a evolução tecnológica”<sup>3</sup>.

O artigo 29 da LDA, de modo a tutelar e especificar o modo que a exclusividade será exercida, elenca diversas circunstâncias que demandam a autorização do autor para que a utilização das obras por terceiros seja legítima, marcando o ato de autorizar como instrumento estimulador à criação intelectual<sup>4</sup>. O artigo, portanto, não deixa espaço para análises ampliativas, pois, conforme determina o seu inciso X, o crivo do autor deverá ainda ser necessário “para quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas”<sup>5</sup>.

Nesse mesmo sentido, o art. 31 da LDA reforça esse direito, deixando expresso que as modalidades de utilização das obras são independentes entre si e “a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais”. Sendo assim, é necessário estar previamente expresso nos contratos como se dará a utilização da obra, os meios pelos quais serão exploradas, em qual território a autorização está sendo concedida, a natureza onerosa ou gratuita da cessão ou concessão e o prazo de exploração<sup>6</sup>.

Tais dispositivos foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro justamente para proteger os compositores e intérpretes de abusos e do monopólio ilimitado por players do mercado, como editoras e gravadoras,

sob o manto de um direito adquirido eterno e controverso. O entendimento da doutrina segue a mesma linha de raciocínio, ao confirmar que qualquer modalidade de exploração de obras que surja após a cessão de direitos autorais estará sob controle do próprio autor<sup>7</sup>.

As cláusulas genéricas de cessão de direitos são muito comuns nos contratos de cessão de direitos autorais, ou até mesmo nos de edição, que preveem transferência de direitos em “qualquer forma ou processo” de exploração ou em “sistemas e processos quer atuais quer os que venham a ser inventados ou aperfeiçoados”. No entanto, mesmo que presentes nos instrumentos contratuais, o princípio da interpretação restritiva previsto no artigo 4º da LDA deverá ser aplicado para que a cessão se restrinja apenas para permitir a execução da obra nas modalidades de exploração conhecidas na data do contrato<sup>8</sup> e as expressamente autorizadas.

Especificamente no que se refere à modalidade de *streaming*, por ser uma tecnologia recente, criada no século XXI e inexistente nas décadas anteriores à Lei 9.610/98, faz-se necessária nova autorização específica e expressa<sup>9</sup> dos autores para que sua obra seja assim explorada. Fica claro ser uma nova modalidade de uso, não sendo possível que os contratos celebrados anteriormente à difusão dos negócios feitos por meio eletrônico nas plataformas digitais no mercado e ao comércio digital de música abranjam essa forma de exploração.

Ainda que não houvesse previsão expressa em lei, os direitos patrimoniais por si só são independentes entre si, logo, a licença ou cessão de um desses direitos não deve ser ampliada aos demais à luz da interpretação restritiva dos contratos<sup>10</sup>. O tema, entretanto, não está plenamente consolidado na jurisprudência quando analisados contratos celebrados entre artistas e editoras ou gravadoras antes da vigência da Lei 9.610/98, que não preveem a modalidade do streaming como um meio de exploração (ainda que tal tecnologia tenha surgido após a promulgação da lei). Muitas vezes, decidem os tribunais pela desnecessidade de autorização prévia, com a justificativa de que foram celebrados contratos de cessão definitiva<sup>11</sup>.

Quanto ao uso não consentido de obras protegidas pela Lei de Direitos Autorais, é cabível ressarcimento ao autor da obra por previsão legislativa expressa. Não que antes não fosse, mas é inegável que os avanços tecnológicos e a banalização dos meios virtuais, contribuem para o maior volume de violações, pois a fruição da obra sem autorização é facilitada sem que os titulares recebam os direitos que lhes são devidos, seja por desconhecimento, seja pela renitência de pessoas responsáveis pelo pagamento<sup>12</sup>.

Conclui-se, portanto, que a necessidade de autorização prévia e expressa é direito dos autores e aplica-se por cada utilização da obra e deve ser concedida para cada modalidade, não se admitindo a convalidação pelo tempo ou de forma presumida, sendo indispensável a observação das formalidades legais.



<sup>1</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 47.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>4</sup> PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. **O Abuso Do Direito Autoral**. 2009. 269f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, UERJ, Rio de Janeiro, 2009. p. 129-130.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>6</sup> BRANCO, Sérgio. **Os Contratos de Direitos Autorais**. Estudos de Propriedade Intelectual em Homenagem ao Prof. Dr. Denis Borges Barbosa. Curitiba: IODA, 2021. p. 544.

<sup>7</sup> AFONSO, Otávio. **Direito autoral: conceitos essenciais**. Barueri: Manole, 2009. p. 61.

<sup>8</sup> MANSO, Eduardo Vieira. **Contratos de Direito Autoral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 132-134.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 132-134.

<sup>10</sup> NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 260.

<sup>11</sup> Nesse sentido: TJSP, Apelação nº 1032760-15.2019.8.26.0100, Primeira Câmara de Direito Privado, Des. Relator Rui Cascaldi, j. em 09/11/2021, DJE 16/11/2021; TJSP, Apelação nº 0024958-46.2020.8.26.0100, Quarta Câmara de Direito Privado, Des. Relator Alcides Leopoldo, j. em 10/02/2022, DJE 21/02/2022; TJRJ, Apelação nº 0321281-04.2018.8.19.0001, Segunda Câmara de Direito Civil, Des. Relator Paulo Sérgio Prestes, j. em 27/04/2022, DJE 29/04/2022.

<sup>12</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 89-90.





# Proteção de Marcas Digitais no INPI

*Por Michele Machado e Tatiana Ortiz,  
advogadas da área de Propriedade Intelectual*



# Proteção de Marcas Digitais no INPI

## 1 Panorama do Registro de Marcas no Brasil

A proteção adquirida pelos titulares de marcas no Brasil advém, primeiramente, de garantia constitucional - mais especificamente - do disposto no Artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual a lei assegurará “proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Tal proteção, obtida através de registro concedido pelo INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, é disciplinada pela Lei 9279/96, a chamada Lei da Propriedade Industrial (LPI), além de importantes acordos internacionais, destacando-se a Convenção da União de Paris (CUP), o Acordo de Comércio Relacionado aos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS) e, mais recentemente, o Protocolo de Madri.

No que concerne a proteção marcária, o Brasil adotou o sistema atributivo de direitos. Como regra geral, um titular adquire propriedade sobre determinada marca mediante a obtenção de registro válido no INPI, que lhe garante uso exclusivo do signo em todo o território nacional, bem como o direito de impedir que terceiros o utilizem sem a devida autorização, consoante o disposto no Artigo 129 da LPI<sup>1</sup>.

Entretanto, tal proteção não é absoluta, uma vez que há princípios e regras legais que devem ser aplicadas e que justificam a razão de ser de tal exclusivo. A marca deverá respeitar sua função social e não poderá configurar mera reserva de mercado, sob pena de o registro ser declarado extinto por caducidade após 5 anos de sua concessão.

Nesse contexto, destaque-se o princípio da especialidade de marcas, tratado a seguir.

### Princípio da Especialidade

As marcas têm a função de “distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa”<sup>2</sup>, garantindo a proteção dos direitos de seu titular e dos consumidores, o que justificou sua proteção na esfera constitucional. Assim, no bojo do conceito de “marca” está sua capacidade de identificação e distinção perante o público consumidor, a fim de evitar confusão no mesmo segmento de mercado ou até mesmo em segmentos afins e complementares.<sup>3</sup>

Nesta seara, o princípio da especialidade determina que a proteção e exclusividade asseguradas a uma marca são limitadas aos produtos e/ou serviços correspondentes à atividade do titular (e abarcados por seus registros no INPI), visando a distingui-los de outros idênticos ou similares, de origem diversa. Nas palavras do Mestre Gama Cerqueira:

Nada impede também que a marca seja idêntica ou semelhante a outra já usada para distinguir produtos diferentes ou empregada em outro gênero de comércio ou indústria. É neste caso que o princípio da especialidade da marca tem sua maior aplicação, abrandando a regra relativa à novidade. A marca deve ser nova, diferente das já existentes, mas, tratando-se de produtos ou indústria diversas, não importa que ela seja idêntica ou semelhante a outra em uso”. (ob. cit., Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, vol.II, pág. 779)

Na prática, tal princípio é instrumentalizado pela Classificação de Nice, uma classificação internacional adotada por inúmeros países, inclusive o Brasil, que agrupa em rol não taxativo os mais variados produtos e serviços, divididos em 45 diferentes classes. Em outras palavras, “a classificação, na lei, é um serviço de ordem interna, destinada exclusivamente a facilitar a organização dos arquivos e as buscas relativas às marcas, não influenciando mais na concessão dos registros”<sup>4</sup>

Assim, no ato do depósito de sua marca, o requerente deverá optar por uma classe, selecionando os itens de seu interesse em uma lista pré-determinada ou apresentando especificação por ele redigida, desde que respeitando o escopo da classe, que por vezes abarca apenas produtos ou serviços pertencentes a um mesmo mercado (como no caso da classe 25, destinada a itens do vestuário) e em outros casos abrange elementos sem qualquer relação entre si (como a classe 45, que inclui serviços jurídicos, condução de cerimônias fúnebres e aluguel de extintores).

É de suma importância que o titular de marca obtenha seu registro para o correto escopo de proteção para que, em caso de conflito no INPI, esteja munido das ferramentas necessárias para combater pedidos de registro de terceiros que imitem ou reproduzam seu signo, para distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação, nos moldes da proibição contida no art. 124, XIX, da LPI.

<sup>1</sup> Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

<sup>2</sup> LPI - Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa.

<sup>3</sup> Por vezes, o risco de confusão também é observado em mercados distintos, mas que guardam certa afinidade, em circunstâncias que se

verifica o fenômeno da diluição no contexto do INPI e de práticas de aproveitamento parasitário no mercado, mas que fogem do escopo do presente artigo.

<sup>4</sup> GAMA CERQUEIRA, João da. Tratado da Propriedade Industrial. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, vol. II, 2ª edição, pág. 979)

<sup>5</sup> Apesar de o INPI já prever o depósito de marcas multiclasse para pedidos de registro nacionais, tal modalidade ainda não foi implementada em seu sistema.



Em caso de conflito na prática, o registro permitirá ao seu titular combater crimes de violação de marca (arts. 130, III e 189 da LPI) e práticas de concorrência desleal ou parasitárias (art. 195 da LPI), cuja caracterização tem como elementos fundamentais a relação entre os ramos de atividade das partes e a delimitação dos direitos de exclusivo obtidos pelo titular da marca violada.

Consequentemente, deve existir afinidade mercadológica, concorrência e, inevitavelmente, risco de confusão ou potencial confusão no mercado e junto ao público consumidor para que se verifique o conflito marcário. Como estabelecido pelo Manual de Marcas do INPI, em seu item 5.11.2:



A análise da afinidade mercadológica é passo fundamental no exame do requisito da disponibilidade, estando diretamente relacionada ao princípio da especialidade. É nesta etapa que se avalia se o grau de semelhança ou relação entre os produtos ou serviços distinguidos pelos sinais em cotejo pode levar o consumidor à confusão ou associação indevida.

(...)

O exame da colidência entre os sinais marcários está restrito ao princípio da especialidade, pelo qual será verificada a existência ou não de identidade, semelhança ou afinidade de produtos ou serviços. As marcas podem até ser idênticas, desde que não assinalem produtos ou serviços de segmento mercadológico passível de causar confusão ou associação na mente do consumidor, salvo as marcas de alto renome que possuem proteção em todos os ramos de atividade.



Assim, é possível a coexistência de marcas idênticas ou muito similares desde que os respectivos produtos ou serviços cobertos pelos registros sejam distintos e não guardem relação ou afinidade, não ocasionando possibilidade de confusão ou associação indevida.



## 2 Proteção de marcas de empresas de tecnologia

Tradicionalmente, empresas que atuam no segmento de tecnologia costumam depositar pedidos de registro de marca nas classes internacionais 09 e 42, posto que são as classes que abrangem aplicativos e softwares (dentre outros produtos similares) e serviços de tecnologia, como desenvolvimento e manutenção de *software* e aplicativos.

Naturalmente, com o desenvolvimento tecnológico e a expansão dos serviços prestados pelas empresas de tecnologia e as diversas áreas de atuação possíveis que foram surgindo ao longo das últimas décadas, a abrangência de classes de interesse também foi se expandindo. Atualmente, grandes empresas de tecnologia já devem depositar suas marcas também nas classes 35 (para serviços de banco/base de dados), 38 (serviços de telecomunicação) e 45 (serviços de redes sociais online).

Da mesma forma, uma empresa de tecnologia com um foco específico pode querer proteção para suas marcas em classes não originalmente consideradas como de tecnologia. Por exemplo: um banco digital terá que obter proteção com relação a serviços financeiros, que pertencem à classe 36, além das classes de produtos e serviços tecnológicos *per se*.

### Proteção de marcas de empresas de ramos diversos

De forma similar ao acima, empresas que não pertencem ao ramo de tecnologia estão, cada vez mais, precisando se adaptar a uma realidade que não é mais restrita às lojas físicas, de presença concreta no mundo dito “real” e tangível.

Com a pandemia da COVID-19, essa necessidade se tornou ainda mais latente e empresas que tinham somente lojas físicas tiveram que criar e-commerces, entrar em marketplaces, desenvolver aplicativos próprios para venda de seus produtos, fortalecer suas redes sociais (como o Instagram e até mesmo o TikTok), para permitir uma interface de compra e redirecionamento para website onde a compra é concluída, dentre outros. Tudo para se adaptarem a toque de caixa a uma realidade que não era mais tangível, mas sim que ocorria online.

Historicamente, as empresas dos mais variados mercados tendem a buscar proteção para suas marcas nas classes voltadas especificamente para seus ramos de atividade. Exemplificando: uma empresa do segmento de vestuário usualmente protegerá suas marcas nas classes 14 (bijuterias, relógios etc.), 18 (bolsas, mochilas, artigos de couro etc.), 25 (vestuário, artigos de chapelaria, calçados), 35 (comércio em geral) e até na classe 03 (perfumes, artigos de toucador etc.).

Contudo, com a presença cada vez maior do mundo virtual em todas as instâncias da sociedade, tanto nas suas formas mais básicas, como lojas online e marketplaces, como em experiências de imersão em universos virtuais, houve uma mudança de paradigma na forma como o mercado se estrutura e como o consumidor acessa os produtos e serviços de seu interesse.

Há uma necessidade mundial de adaptação não só das empresas, mas principalmente dos órgãos responsáveis por conceder privilégios e direitos de exclusividade sobre ativos intangíveis (como é o caso das marcas), os quais tendem a acompanhar de forma mais lenta os avanços tecnológicos e culturais.





## Marcas “Digitais”

Nos últimos anos, a sociedade adentrou uma fase de desmaterialização, nos transportando cada vez mais para os suportes não físicos. Uma das ramificações mais emblemáticas dessa mudança é o Metaverso, composto por mundos virtuais independentes e com regras próprias, criados com o objetivo de replicar a realidade de variadas formas. Esse verdadeiro multiverso, apesar de ainda estar em fase de desenvolvimento, muito em breve poderá tornar ainda mais difusas as fronteiras entre o mundo físico e o mundo virtual. Em outras palavras, o Metaverso será a recriação digital de experiências reais.

Utilizando tecnologias de realidade virtual visando a total imersão dos usuários através de seus respectivos avatares, a expectativa é que estes “universos” virtuais (metaversos) se tornem uma nova realidade difundida, em que o mundo físico seja replicado de tal forma que toda uma vida poderá ser construída virtualmente. Com uma abordagem menos impositiva e mais participativa, o seu “eu” virtual (avatar) no Metaverso será sua extensão e poderá ter roupas, bolsas, sapatos, carros, celulares e quaisquer outros produtos ou serviços que hoje estão disponíveis no mundo físico.

Essas mudanças podem parecer saídas de um filme de ficção científica e muito longínquas, mas não o são. Pelo contrário, o Metaverso hoje já é uma realidade contemporânea que não pode mais ser ignorada pelas empresas em suas estratégias de marketing e planos de negócios.

O mercado da moda parece ser um dos protagonistas dessa dinâmica de digitalização de produtos tradicionalmente físicos: em março de 2022 aconteceu o Metaverse Fashion Week na plataforma de realidade virtual Decentraland, reunindo grifes famosas, como Tommy Hilfiger, Gucci, Dolce & Gabbana e Elie Saab, além da presença de grifes inteiramente digitais, como The Fabricant, Auroboros e DressX.Diversas. Através de compras com criptomoedas, o público presente através de seus avatares pôde adquirir não só itens de vestuário digitais exclusivos das grifes, como também produtos físicos, a serem entregues posteriormente.

Através dos non-fungible tokens (NFTs) diversas marcas consagradas já oferecem suas peças digitais exclusivas por milhares de dólares através de parcerias com diferentes plataformas, como no caso da Balenciaga, Burberry, Louis Vuitton e Prada, dentre muitas outras. A Nike, muito popular entre o público mais jovem, já oferece seus tênis digitais exclusivos para vestir avatares, os quais têm alto valor de mercado e já representam um nicho lucrativo para a empresa.

O mercado do entretenimento também vem explorando as possibilidades de receitas no Metaverso, com a realização de shows e eventos virtuais de artistas como Travis Scott e Justin Bieber lucrando três vezes mais do que seus shows físicos. As possibilidades desse novo mercado são infinitas e estão apenas começando a ser exploradas.

Atualmente, já são gastos 54 bilhões de dólares com itens virtuais, de modo que a proteção adequada das marcas que identificam esses produtos, lhes agregando valor e status, deve ser tratada com protagonismo nessa fase de transição, garantindo que não ocorram violações aos direitos dos titulares através da apropriação de marcas por terceiros que as depositem em classes diversas, por exemplo.

Assim, como as empresas que atuam no mundo físico podem investir em uma presença no Metaverso e, ao mesmo tempo, proteger suas marcas nesta nova realidade? E mais, como deve o INPI se atualizar para garantir que as classes relacionadas tradicionalmente apenas à tecnologia estejam aptas a proteger marcas pertencentes aos mais variados ramos, que agora se inserem no mundo digital?

## Problemática da limitação do INPI – efeitos práticos

Do ponto de vista prático, o primeiro desafio é a limitação atualmente existente no INPI para enquadramento de marcas em classes de produtos e serviços. Como já pontuado, a maioria dos países segue uma divisão administrativa separada em classes de produtos e serviços para fins de enquadramento de marcas.

Entretanto, tal classificação não acompanha as mudanças que ocorrem na sociedade e no mercado com a rapidez necessária, principalmente no que concerne os ramos de tecnologia. Hoje, ainda há produtos e serviços “genéricos” que são aceitos quando do depósito de uma marca. Falando especificamente das classes 09 e 42, um depositante pode requerer o registro de uma marca para assinalar “aplicativos para celulares” ou uma “plataforma online” sem detalhar qual o tipo de aplicativo ou plataforma, para qual função, segmento de mercado etc.

Se este depositante conseguir obter registro para sua marca para assinalar “aplicativos para celulares”, poderá inviabilizar o registro de marca de terceiro que seja similar, que também vise “aplicativos para celulares”, mas para segmento de mercado completamente distinto. Ou seja, na prática, não existiria concorrência entre as empresas e nenhuma possibilidade de confusão. Entretanto, este terceiro poderá não conseguir registro na classe 09 em razão da especificação genérica do depositante inicialmente citado e que vem reiteradamente sendo aceita pelo INPI sem questionamento.

A título exemplificativo: supondo que um banco tenha uma marca registrada XYZ na classe 09 para seu aplicativo de acesso a conta por seus clientes. Uma empresa de roupas quer obter registro para sua marca XYZ na mesma classe 09, mas para o aplicativo de sua loja virtual. O que ocorreria?

Bom, de acordo com os critérios atuais de análise do INPI, a marca da empresa de roupas fatalmente seria indeferida por ser idêntica à marca do banco para assinalar aplicativo para celular (ainda que a especificação detalhasse o tipo de aplicativo). Ressalte-se que, mesmo que as empresas em questão já tivessem registros para suas marcas XYZ concedidos nas respectivas classes principais (25 e 35) o resultado na classe 09 seria o mesmo, impedindo que a marca de roupas obtivesse proteção para seu próprio aplicativo, nitidamente pertencente ao ramo do vestuário.

Em um mundo que depende cada vez mais de tecnologia, em que muitos produtos e serviços estão migrando para o online ou até mesmo para o Metaverso, é premente a necessidade de atualização dos critérios de análise do INPI, com a exigência por parte da autarquia de detalhamento das funções e mercados nos quais produtos e serviços de tecnologia estão inseridos, para que tal delimitação conste dos registros das respectivas marcas.

Na prática, a obtenção e manutenção de registros para marcas com escopos genéricos no que concerne aplicativos, softwares e plataformas online vai de encontro à sua função social, gerando uma reserva de mercado muito ampla, contrária aos preceitos constitucionais e que não pode ser combatida pela via administrativa.

Um segundo desafio, talvez ainda maior, é que a Classificação Internacional de Nice seja complementada para incluir expressamente os novos itens digitais, ou ao menos que sejam criadas diretrizes sobre como tais produtos devem ser classificados e protegidos dentro das atuais 45 classes. Afinal, uma roupa virtual da Prada para vestir um avatar no Metaverso deve pertencer à classe 25 de vestuário, à classe 09 de aplicativos e videogames, ou mesmo à classe 42, que se refere às plataformas nas quais os universos virtuais estão inseridos? Ou ainda, será que é necessária a criação de novas classes que englobem os variados ativos digitais?

Por fim, o terceiro desafio se refere à conscientização das empresas e demais titulares de marcas que não se originam no mercado digital e de tecnologia quanto à importância de obterem, desde já, proteção nas classes referentes ao universo virtual, ao menos até que existam novos parâmetros para garantia desses direitos de exclusivo.





Join Us Sign In / Register

Bags Accessories

URBAN COAT  
409.-

## Proteção de Marcas Digitais no INPI

### Conclusão e recomendações

É sabido que alterações que envolvem questões jurídicas ou órgãos públicos são mais lentas, tanto na esfera nacional quanto à nível de acordos internacionais. Apesar das mudanças trazidas pelo desenvolvimentos do Metaverso estarem acontecendo a passos largos, provavelmente estaremos diante de mudanças descompassadas e tardias por parte das legislação de propriedade intelectual a nível macro e por parte do INPI no que se refere à atual aceitação de especificações de natureza genérica de produtos e serviços de tecnologia.

Entretanto, as empresas podem, e devem, tentar resguardar suas marcas da melhor forma possível, visando uma presença perene no mercado. Essa estratégia requer uma análise cuidadosa, a fim de considerar não só com o que as empresas trabalham hoje, mas como pretendem expandir seus negócios e alcançar os consumidores no futuro, principalmente o público mais jovem. A empresa pode não querer ter uma “loja” no Metaverso agora, mas e daqui a cinco anos? E a potencial confusão causada por um competidor digital que se utilize da mesma marca?

É importante se pensar “fora da caixa”, depositando pedidos de registro de marcas nas classes “tradicionais” do segmento de atuação da empresa, mas também em classes que englobem sua presença online e virtual da empresa, seja em um singelo *marketplace* ou e-commerce, seja na realidade de infinitas possibilidades de um novo universo no Metaverso.



# A relação entre usuários e plataformas digitais e a agenda digital da União Europeia: novas tendências regulatórias após o GDPR

Por Daniele Verza Marcon, advogada de Souto Correa nas áreas de Proteção de Dados e Resolução de Conflitos



# A relação entre usuários e plataformas digitais e a agenda digital da União Europeia: novas tendências regulatórias após o GDPR

Apesar de contar com regras sobre proteção de dados pessoais, comunicações eletrônicas e comércio eletrônico há mais de 20 anos, a União Europeia tem trabalhado com uma agenda digital de atualização de suas diretivas e regulamentos de acordo com o novo cenário tecnológico. A primeira agenda digital, estabelecida para a década de 2010 a 2020, teve como principal marco a edição do Regulamento Geral de Proteção de Dados (“RGPD”), que entrou em vigor em maio de 2018, substituindo a Diretiva 95/46/CE, de 1995. O RGPD unificou, a nível europeu, as regras para o tratamento de dados pessoais, responsabilidades e atribuições de controladores, operadores e *data protection officers*, além de dispor, dentre outros temas, sobre direitos e salvaguardas para os titulares dos dados pessoais e a transferência internacional de dados pessoais.

O efeito do RGPD não se restringiu à União Europeia, afetando relações comerciais e governamentais com países de todo o mundo. Não é exagero dizer que o Parlamento Europeu lançou efetiva tendência regulatória para a proteção de dados a nível global, instigando a edição de leis semelhantes em outros países. Pode-se mencionar ao menos três exemplos relevantes: *California Consumer Privacy Act* (CCPA), aprovada pelo Estado da Califórnia, EUA, em 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, também de 2018, e, mais recentemente, a *Personal Information Protection Law* (PIPL), aprovada na China em 2021.

Dentre várias medidas estabelecidas na União Europeia na segunda agenda digital para a década de 2020 a 2030<sup>1</sup>, está o “Digital Services Act Package”. Há ao menos três temas de potencial impacto global: a regulação de plataformas digitais, a partir do Digital Services Act (“DSA”), a regulação de aspectos concorrenciais para os “gatekeepers”, como Google, Amazon e Facebook, pelo Digital Markets Act<sup>2</sup> (“DMA”), e a regulação da inteligência artificial, pelo Artificial Intelligence Act (“AI Act”).

O objetivo deste artigo é apresentar o DSA, que trata diretamente da responsabilidade de plataformas digitais. O texto original do DSA foi proposto em 15 de dezembro de 2020. Em 22 de abril de 2022, o Conselho da Europa e o Parlamento Europeu chegaram a um acordo a respeito do novo Regulamento, aprovado pelo Parlamento Europeu no dia 05 de julho de 2022 e pelo Conselho da Europa em 04 de outubro de 2022<sup>3</sup>. No dia 27 de outubro de 2022, a versão final do DSA foi no Diário Oficial da União Europeia<sup>4</sup>; o Regulamento se tornará inteiramente aplicável a partir de 17 de fevereiro de 2024, com exceção dos artigos 24(2), (3) e (6), 37(7), 40(13) e 43, bem como das Seções 4, 5 e 6 do Capítulo IV do DSA, que se tornam aplicáveis ainda em 16 de novembro de 2022.

Atualmente, a regulação de plataformas digitais no bloco europeu observa as orientações previstas na *E-Commerce Directive*, aprovada em junho de 2000 para tratar dos desafios surgidos com o uso da internet, introduzindo regras básicas para a contratação de produtos e serviços online, anúncios, comunicação com consumidores e responsabilidade civil de intermediários. Dentre os pontos relevantes da *E-Commerce Directive* está a distinção entre provedores que apenas transmitem informação (“*mere conduit*”, artigo 12), provedores que armazenam temporariamente a informação transmitida (“*caching*”, artigo 13) e provedores que hospedam conteúdo (“*hosting*”, artigo 14).

A *E-Commerce Directive* afasta a responsabilidade dos provedores que apenas transmitem informação criada por terceiros (artigo 12) e institui uma responsabilidade baseada no mecanismo de *notice and take down* para os demais (artigos 13 e 14), de modo que provedores que hospedam conteúdo online, ainda que temporariamente, só serão responsáveis se forem notificados sobre o conteúdo ilícito (tomando ciência a seu respeito) e não tomarem nenhuma providência. Em todos os casos, o artigo 15 afasta, de forma expressa, qualquer obrigação geral de vigilância sobre o conteúdo de terceiros (artigo 15).

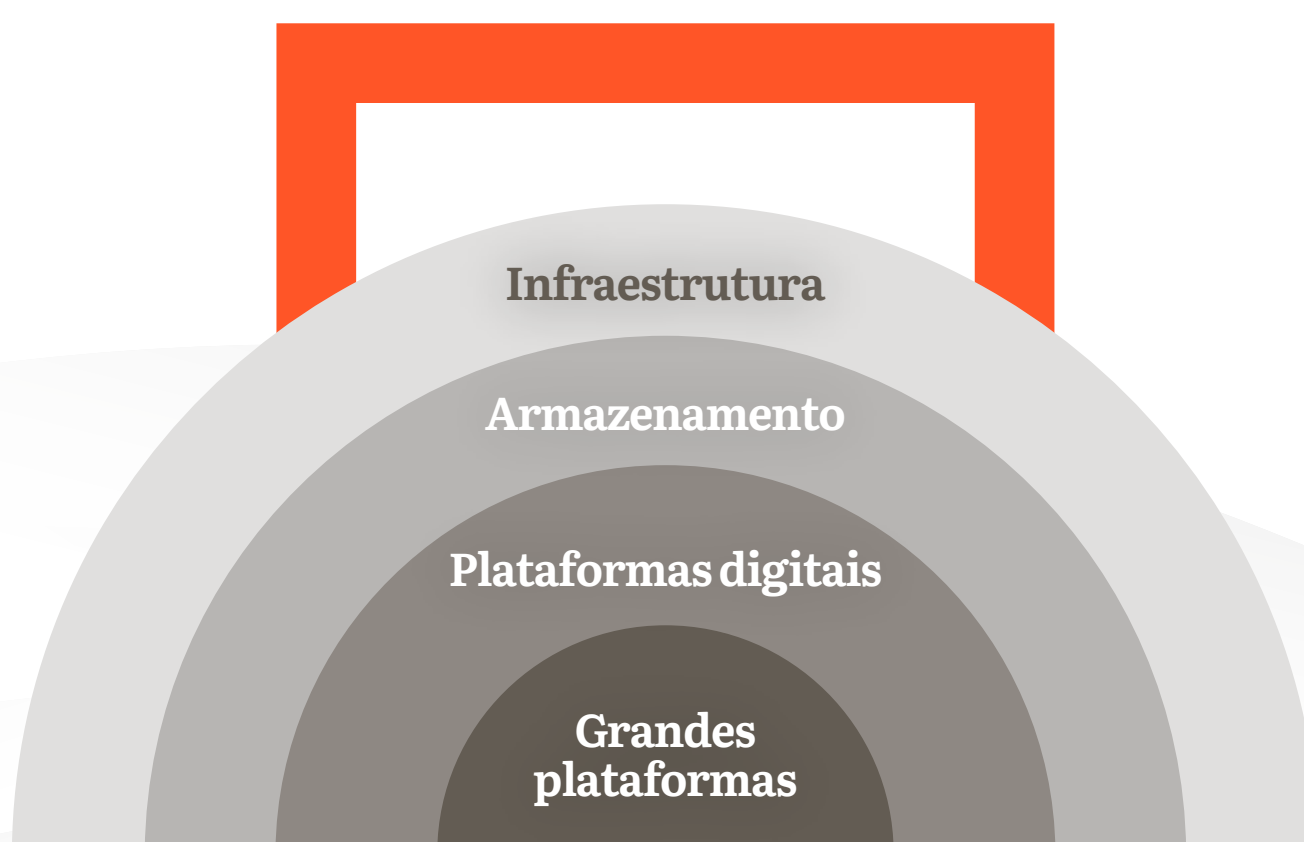
O Digital Services Act é o Regulamento que substitui os artigos 12 a 15 da *E-Commerce Directive* (o restante da Diretiva permanecerá vigente). O texto publicado em 27 de outubro de 2022 mantém a distinção entre meros transmissores (*mere conduit*, artigo 4) e provedores que hospedam informação temporariamente (*caching*, artigo 5) ou não (*hosting*, artigo 6). O artigo 8 do DSA também afasta expressamente a obrigação de fiscalização do conteúdo criado por terceiros que é disponibilizado online, sendo mantida a responsabilização condicionada à ciência do provedor (*notice and takedown*).

A regulação europeia se manterá semelhante ao modelo previsto no Marco Civil da Internet (“MCI”) para o Brasil, com regras de isenção de responsabilidade de provedores de conexão (artigo 18 do MCI). Quanto aos provedores de aplicações, há uma relevante distinção: tanto a *E-Commerce Directive* quanto o DSA adotam a ideia de *notice and takedown*, isto é, o provedor de aplicações que for informado extrajudicialmente sobre determinado conteúdo ilícito e não tomar providências poderá ser responsabilizado, ao passo que o artigo 19 do MCI condiciona a responsabilidade de provedores de aplicação ao descumprimento de *ordem judicial* de remoção.

Apesar de manter um dos pilares de responsabilização civil da *E-Commerce Directive*, o DSA introduz novas regras<sup>5</sup> para enfrentar temas que a *E-Commerce Directive*, aprovada quando do surgimento da internet, não é capaz de alcançar, buscando endereçar temas como *fake news* e conteúdos ilícitos compartilhados em redes sociais. De acordo com a Comissão Europeia, o DSA tem como objetivos centrais (i.) oferecer maior proteção aos direitos fundamentais dos consumidores no ambiente digital, (ii.) estabelecer uma estrutura regulatória de transparência e responsabilidade para plataformas digitais, e (iii.) fomentar a inovação, o crescimento e a competitividade no mercado europeu.<sup>6</sup>

Além de reforçar a proteção dos cidadãos e buscar reduzir a exposição dos usuários da internet ao conteúdo ilícito e à desinformação, o DSA também pretende oferecer maior segurança jurídica e harmonização das regras aplicáveis às plataformas digitais. Outro objetivo é fomentar a competitividade no ambiente digital para assegurar mais opções de serviços e, com isso, menores custos para empresas que dependem de plataformas digitais para determinada atividade, como é o caso de anúncios pagos.

O primeiro aspecto interessante sobre o DSA é a previsão de obrigações gradativas para plataformas digitais, consideradas a partir de quatro categorias: (i.) serviços intermediários de infraestrutura de rede (como provedores de internet e de registros de domínio); (ii.) serviços de armazenamento; (iii.) plataformas digitais que permitem a interação entre vendedores e consumidores, como *marketplaces*, plataformas de economia compartilhada e redes sociais; e (iv.) grandes plataformas (com mais de 45 milhões de usuários na Europa). A especificidade e a quantidade de obrigações decorrentes da moderação de conteúdo aumentam na mesma medida em que se afunilam as categorias:



<sup>1</sup> Para mais informações sobre a agenda digital da Europa, ver: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/64/digital-agenda-for-europe>. Acesso em 16 mai. 2022.

<sup>2</sup> Recomenda-se a leitura do texto “DMA: um mapa da área do debate regulatório”, publicado por integrantes do “Grupo de Estudos em Novas Regulações em Serviços Digitais no Direito Comparado” na coluna de Direito Digital do Conjur sobre o tema: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-19/direito-digitaldma-mapa-area-debate-regulatorio>.

<sup>3</sup> Informação disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/10/04/dsa-council-gives-final-approval-to-the-protection-of-users-rights-online/>. Acesso em 19 out. 2022.

<sup>4</sup> Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ.L.2022.277.FUL&from=EN>. Acesso em 27 out. 2022.

<sup>5</sup> A título complementar, recomenda-se também a leitura do texto “Futuro da regulação das redes sociais: olhar para o debate europeu”, publicado por integrantes do “Grupo de Estudos em Novas Regulações em Serviços Digitais no Direito Comparado” na coluna de Direito Digital do Conjur: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-30/direito-digital-futuro-regulacao-redes-sociais-olhar-debate-europeu>.

<sup>6</sup> Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en). Acesso em: 15 mai. 2022.



## A relação entre usuários e plataformas digitais e a agenda digital da União Europeia: novas tendências regulatórias após o GDPR

Independentemente da categoria, os provedores serão obrigados a elaborar relatórios de transparência, respeitar direitos fundamentais de consumidores, cooperar com autoridades nacionais e indicar pontos de contato ou representantes legais no território europeu. O DSA dispensa que intermediários que apenas fornecem infraestrutura de rede implementem medidas para receber notificação de usuários, por exemplo, de modo que essa obrigação se torna aplicável apenas a partir do segundo nível, aos provedores envolvidos com o armazenamento de informações. Por outro lado, o DSA exige apenas de “grandes plataformas” que (i.) elaborem códigos de conduta, (ii.) permitam que usuários recusem o recebimento de recomendações baseadas em perfilamento, (iii.) compartilhem dados com autoridades e pesquisadores, (iv.) realizem auditorias externas periódicas e (v.) elaborem planos de resposta de crises, por exemplo. Apesar de trazer novas obrigações às “grandes plataformas”, a gradação é relevante porque reduz significativamente custos de adaptação que plataformas menores enfrentariam se o DSA se baseasse em uma lógica simplista de “one size fits all”, fomentando, assim, maior competitividade para novos negócios digitais.

Há ainda duas regras introduzidas pelo DSA aplicáveis às plataformas digitais, com exceção daquelas consideradas de micro e pequeno porte, que são bastante interessantes: o artigo 2017, que trata do procedimento para lidar com reclamações de usuários, e o artigo 2118, que trata de um mecanismo extrajudicial de resolução de disputas.

O artigo 20 obriga as plataformas (exceto de micro e pequeno porte, frisa-se) a manterem um sistema de gerenciamento de reclamações para que o usuário que teve a publicação removida ou o usuário ou instituição que notificou o conteúdo possa apresentar reclamação, de forma fácil e gratuita. Esse sistema deve ser disponibilizado pelo prazo de seis meses, a contar da decisão da plataforma que acolher ou rejeitar algum pedido de (i.) remoção, indisponibilização ou restrição da visibilidade de um conteúdo considerado ilegal ou contrário aos seus termos de uso, (ii.) suspensão (parcial ou total) ou encerramento da disponibilização de serviços ao usuário, (iii.) suspensão ou encerramento da conta do usuário, e (iv.) suspensão, encerramento ou restrição da possibilidade de monetizar informações fornecidas por usuários. É expressamente vedado que tais decisões sejam tomadas de forma integralmente automatizada e, caso decidam por manter a remoção do conteúdo ou do usuário, as plataformas deverão possibilitar o acesso aos procedimentos extrajudiciais de resolução de conflitos, previstos no artigo 21.

O artigo 21 prevê, por sua vez, que as plataformas digitais escolham instituições certificadas pela Comissão de Serviços Digitais para resolver disputas oriundas da moderação disciplinada no artigo 20 do DSA, assegurado, em todo caso, que os usuários recorram ao Poder Judiciário. A certificação de instituições pode indicar: (i.) a sua imparcialidade e independência com relação às plataformas digitais e aos usuários, (ii.) que a instituição tem a expertise necessária para decidir as questões oriundas de determinado conteúdo e conhece os termos e condições das plataformas digitais; (iii.) a remuneração de seus membros não possui nenhum vínculo com o resultado do procedimento; (iv.) que o acordo poderá ser facilmente acessado por meio eletrônico; (v.) que a instituição é capaz de resolver a controvérsia de forma eficiente (inclusive em termos de custos) em ao menos uma língua oficial da União Europeia; e (vi.) que o acordo será obtido mediante a observância de regras procedimentais claras e justas. Instituições credenciadas deverão ser informadas à Comissão Europeia, responsável por publicar a lista oficial.

Caso a instituição credenciada para a solução extrajudicial decida a favor do usuário, o artigo 21 (5) prevê que a plataforma deverá arcar com os custos incorridos pelo usuário; se decidir a favor da plataforma, nenhum reembolso será devido pelo usuário, salvo se este tiver agido em manifesta má-fé. Outro fator interessante a respeito do mecanismo de solução extrajudicial de disputas é que o texto original do DSA restringia a sua utilização aos usuários afetados pela decisão de remoção, indisponibilização ou exclusão. A versão final do DSA atendeu críticas da doutrina<sup>7</sup> e ampliou o acesso ao mecanismo às pessoas ou instituições que notificarem o conteúdo ilícito ou contrário aos termos de uso da plataforma. Em todo caso, a responsabilidade das plataformas permanece condicionada ao *notice and takedown*.

O DSA é um regulamento tão detalhado quanto o RGPD, voltado a construir bases sólidas para que a moderação de conteúdo, antes pautada majoritariamente na liberdade de expressão, ocorra também de forma transparente e com respeito aos direitos dos usuários, preocupando-se com a veracidade das informações compartilhadas. Muitas das regras lançadas no DSA são, porém, novidades não previstas na *E-Commerce Directive* que exigirão, tal como ocorreu com o RGPD entre 2016 e 2018, processos de adaptação de intermediários provedores de serviços digitais e, especialmente, de plataformas digitais com atuação na União Europeia.

Recentes desdobramentos no Brasil e nos Estados Unidos podem indicar que o DSA pode assumir relevância global semelhante ao RGPD. Enquanto os brasileiros aguardam o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet, o Congresso dos Estados

Unidos já recebeu mais de 20 propostas legislativas que buscam alterar ou simplesmente suprimir a Section 230 da *Communications and Decency Act*, regra que, atualmente, exime plataformas digitais de responsabilidade civil pelo conteúdo criado por terceiros.

Há uma tendência global de se questionar o papel de plataformas digitais e de se impor limites à sua atuação, potencializada pela influência assumida por alguns *gatekeepers* (na expressão do DMA) nas duas últimas décadas com o acesso amplo à internet. Por vezes, esses questionamentos têm sido objeto de ações coletivas com pleitos indenizatórios milionários, mas a resposta sobre o papel desempenhado pelas plataformas digitais certamente não deve depender exclusivamente de decisões tomadas pelo Poder Judiciário.

A história recente observada com relação à proteção de dados pessoais, elevada ao nível de direito fundamental com a aprovação da emenda constitucional 115/2022 no Brasil, pode se repetir com relação às plataformas digitais. Esforços de adaptação serão demandados pela sociedade, pelos governos, legisladores e judiciário, podendo surgir de diferentes fontes. Daí porque observar, mais uma vez, o movimento regulatório em curso na União Europeia pode ser tão importante. Afinal, também o nosso Marco Civil da Internet possui lacunas que o DSA busca endereçar, especialmente com relação aos mecanismos de resolução extrajudicial de disputas, que poderiam evitar a judicialização de demandas menores.

Quanto à sugestão de imposição de obrigações de forma gradativa, considerando a proporção da plataforma e o seu número de usuários, o DSA é também um modelo interessante a ser observado no contexto das discussões em curso no Congresso Nacional Brasileiro a respeito do Projeto de Lei nº 2630/2020 (“PL das Fake News”). O texto substitutivo proposto pelo Deputado Orlando Silva sugere que a lei se aplique apenas às plataformas (redes sociais, ferramentas de busca e de mensageria instantânea) com mais de 10 milhões de usuários, uma linha de corte mais baixa que a proposta no DSA para as “grandes plataformas” (cerca de 45 milhões de usuários), mas significativa no cenário brasileiro.

A tendência que parece estar prestes a ser lançada pelo Parlamento Europeu não afeta as regras sobre a responsabilidade civil das plataformas e tampouco a delimitação do campo de atuação no que diz respeito à moderação de conteúdo. Mantém-se a liberdade de expressão como valor fundamental da interação virtual. O equilíbrio que se busca alcançar vem introduzido por obrigações que não são indenizatórias, mas, essencialmente, de transparência e informação. Mecanismos eficientes que permitam conferir ao conteúdo transmitido online o mesmo tratamento que o conteúdo “offline” recebe.

Novos tempos, novas obrigações, mas mudanças que podem beneficiar a todos os envolvidos no ambiente digital. Aguardaremos os próximos passos.



<sup>7</sup> EIFERT, Martin et al. Taming the giants: the DMA/DSA Package. *Common Market Law Review*, v. 58, p. 987-1028, 2021.





# O ônus da prova em ações movidas por usuários contra plataformas digitais

João Paulo Tagliari e Nathália Vier Munhoz,  
advogados de Souto Correa na área de  
Resolução de Conflitos



# O ônus da prova em ações movidas por usuários contra plataformas digitais

Com o avanço da tecnologia e com o surgimento da pandemia do coronavírus, as plataformas digitais que disponibilizam ambientes online para a comercialização de produtos e serviços ganharam ainda mais espaço. Com o aumento das transações, é esperado que aumentem, também, eventuais desacordos comerciais entre os usuários que negociam por meio dessas plataformas digitais. Quando o caso não é resolvido entre os usuários, por vezes, somente a plataforma é demandada, no Judiciário, por um desses usuários. No âmbito de ações judiciais movidas por usuários contra as plataformas digitais, relevante questão diz respeito ao ônus da prova.

O ônus da prova diz respeito à posição jurídica atribuída às partes para que demonstrem as afirmações de fato pertinentes, relevantes e controvertidas para a decisão da controvérsia. Tradicionalmente, o ônus da prova tem duas funções (subjéctiva e objectiva). Na perspectiva subjéctiva, o ônus da prova representa uma regra de instrução dirigida às partes, indicando qual das partes deve apresentar provas sobre uma determinada questão de fato e os riscos que correm as partes se uma determinada alegação não for provada. Do ponto de vista objectivo, o ônus da prova indica qual das partes perde diante de uma situação de inesclearibilidade dos fatos. Constitui, assim, uma regra de julgamento, atribuída ao juiz: ao final da instrução, em caso de dúvida a respeito das alegações de fato controvertidas no processo, ele deve decidir contrariamente à parte que tinha a incumbência de prová-las, mas não o fez.

A regra geral de distribuição do ônus da prova é prevista no artigo 373, I e II, do Código de Processo Civil (“CPC”): cabe ao autor provar o fato constitutivo do direito alegado; e, ao réu, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor. Não obstante, o CPC prevê que, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades do caso relacionadas à impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte de cumprir o encargo probatório ou maior facilidade da outra parte de obtenção da prova do fato contrário, pode o Juiz atribuir o ônus da

prova de modo diverso. Essa possibilidade é chamada de dinamização do ônus da prova e está prevista no art. 373, § 1º, do CPC.

O Código de Defesa do Consumidor também prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova para as relações em que é aplicável (relações de consumo), desde que demonstrada a verossimilhança das alegações do consumidor e, cumulativamente, a sua hipossuficiência para a produção da prova (entendida como impossibilidade ou extrema dificuldade de o consumidor se desincumbir do encargo probatório). Essa ideia de “inversão” do ônus da prova acaba por ser criticada pela doutrina, porque dá a entender que ocorre a transferência integral do ônus probatório de uma parte à outra – o que não é verdade.

Diante de tema tão importante, chama a atenção situações em que a distribuição / inversão do ônus da prova não é manejada adequadamente, notadamente nas ações entre plataformas digitais e seus usuários.<sup>1</sup> Há casos em que, sem maior acuro, considera-se que o CDC é aplicável à relação entre a plataforma e os usuários e se determina, de forma automática, a inversão do ônus da prova. No mais das vezes, essa “inversão” ocorre ao arpejo das exigências fixadas pela lei e pela jurisprudência.

Alguns critérios e requisitos tem de ser observados quando ocorre a distribuição dos ônus probatórios de forma diferente da prevista no art. 373, I e II, do CPC.

Primeiro, a decisão que determina essa alteração deve ser devidamente fundamentada (art. 373, § 1º, CPC). Não basta, assim, que sejam invocados motivos genéricos de que “há relação de consumo” ou “estão presentes os pressupostos legais”, sob pena de vício de fundamentação (art. 489, §1º, II e III, CPC). A caracterização da verossimilhança das alegações da parte e da hipossuficiência para a produção da prova devem ser devidamente justificadas à luz do caso concreto. Além disso, a decisão que determina a modificação do ônus da prova deve especificar em relação a quais enunciados fáticos está ocorrendo a

modificação do encargo. Nunca haverá “inversão” total, pois a modificação do ônus da prova só pode ocorrer relativamente às alegações de fato em que se verificar extrema dificuldade da parte para a produção da prova ao mesmo tempo em que a parte contrária estiver em condições facilitadas para produzir essa mesma prova.

Segundo, a modificação do ônus da prova deve ocorrer na fase de saneamento e organização do processo (art. 357, III, CPC). O STJ<sup>2</sup> entende que o ônus da prova é uma regra de instrução (e não de julgamento), de modo que a decisão judicial que determina a modificação do ônus da prova não pode se dar somente em sentença e deve ocorrer na etapa instrutória. Isso para que a parte onerada tenha ciência inequívoca do ônus que lhe incumbe e possa requerer/produzir provas no momento oportuno. Frise-se que é cabível impugnação imediata, por meio de agravo de instrumento, à decisão que verse sobre a distribuição do ônus da prova (art. 1.015, XI, do CPC)<sup>3</sup>.

Terceiro, em qualquer das hipóteses de modificação do ônus da prova, deve ser observada a limitação prevista no art. 373, § 2º, do CPC: a dinamização não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte originalmente não onerada seja impossível ou excessivamente difícil. Ou seja, se o ônus da prova relativo a uma determinada alegação de fato é igualmente impossível ou extremamente difícil para o autor e para o réu, não é possível a modificação do ônus probatório. Do contrário, haveria atribuição de prova diabólica para a parte que, originalmente, não tinha o encargo de provar. E isso sem qualquer resultado prático relevante para o aumento do material probatório do processo.

É justamente a impossibilidade de atribuir um encargo impossível ou extremamente difícil para uma das partes (prova diabólica) que deve ser atendida nos litígios que envolvem as plataformas digitais.

<sup>1</sup> STJ, REsp nº 1729110 / CE; Terceira Turma; Ministra Relatora: Nancy Andrighi; DJE: 02/04/2019

<sup>2</sup> Ainda que não se possa concordar com conclusões gerais nesse sentido, o tema não é objeto deste artigo.

<sup>3</sup> STJ, REsp nº 1.286.273/SP; Quarta Turma; Ministro Relator: Marco Buzzi; DJe: 22/06/2021



# O ônus da prova em ações movidas por usuários contra plataformas digitais

Lembre-se que as atividades normalmente prestadas pelas plataformas digitais se restringem à disponibilização de um ambiente online por meio do qual os usuários (um usuário-anunciante e um usuário-interessado) se aproximam e concluem transações diretamente entre si. Dentre os serviços prestados pelas plataformas, geralmente, não está incluída a verificação prévia do conteúdo de todos os anúncios, tampouco a checagem da efetiva qualidade/segurança de todos os produtos/serviços anunciados pelos usuários e da efetiva disponibilização desses produtos/serviços nas condições descritas nos anúncios.

Há limitações materiais à atuação das plataformas digitais que as impedem de ter controle de informações sobre os produtos ou serviços anunciados pelos usuários. Conseqüentemente, atribuir-lhes qualquer encargo probatório, por exemplo, sobre as condições do produto ou serviço contratado entre os usuários, importaria atribuir à plataforma o ônus de produzir uma prova diabólica. A prova diabólica, segundo o STJ é “aquela verdadeiramente impossível, que normalmente se verifica em fatos absolutamente negativos”<sup>4</sup>.

A situação fica clara com alguns exemplos<sup>5</sup>. Pense-se no caso em que um usuário aluga um imóvel de outro usuário por meio de uma plataforma online. Esse imóvel é de propriedade e responsabilidade do locador-anunciante, a quem competiria disponibilizar a acomodação. Findo o prazo da locação, o usuário-locatário ajuíza uma ação exclusivamente contra a plataforma online, requerendo indenização por danos sob alegação de que o imóvel locado encontrava-se sujo e estava localizado em bairro que considerou inseguro. O ônus probatório quanto a essas alegações de fato, neste caso, deve recair exclusivamente sobre o usuário-locatário, nos termos do art. 373, I, do CPC. A produção de prova, pela plataforma, de que o imóvel – que não é de sua propriedade e em relação ao qual nem sequer tem acesso – encontrava-se limpo, ou localizado em bairro seguro é impossível ou extremamente difícil. Por outro lado, a produção dessa prova seria viável ao usuário-locatário que esteve no local e poderia ter registrado as suas condições. Com as facilidades proporcionadas por smartphones (câmera e vídeo), a produção dessa prova seria extremamente fácil ao locatário. Assim, não se justifica a “inversão” do ônus da prova na hipótese analisada.

No mesmo sentido, tem-se os seguintes exemplos: (i.) o usuário que adquire uma camisa em um marketplace de venda direta entre os usuários, mas alega que o item foi entregue com problemas na costura; (ii.) o usuário que adquire uma refeição por aplicativo de delivery, mas reclama de mal-estar após o consumo. A inversão do ônus da prova não tem cabimento nesses cenários.

Veja-se que, nos exemplos citados acima, está-se diante de plataformas online, cuja funcionalidade é disponibilizar um ambiente para que usuários anunciem e vendam seus produtos. Porém, a plataforma não tem nenhuma ingerência sobre a qualidade ou sobre as características do produto em si, porque não há uma análise física desse produto. Assim, eventual ônus probatório acerca, por exemplo, da inexistência de vício/defeito de um produto comercializado via marketplace não pode recair sobre a plataforma de marketplace, porque a prova, repita-se, torna-se impossível. Pensar de modo diferente poderia inviabilizar o modelo de negócio das plataformas online, atribuindo-lhes encargos incompatíveis com as suas atividades.

Muitas vezes a incumbência probatória que se tenta atribuir às plataformas online poderia recair sobre o usuário-anunciante, responsável pelo produto e/ou pela sua circularização no mercado. Contudo, se esse usuário não é demandado, não é possível direcionar o encargo automaticamente para a plataforma online, pois a desincumbência desse ônus probatório é excessivamente difícil ou impossível para a plataforma. A atribuição do ônus de prova deve, então, seguir a regra geral do art. 373, I, do CPC, cabendo ao autor da ação fazer prova dos fatos constitutivos do seu pretensão direito. Se o usuário da plataforma está alegando algum problema com algum produto ali adquirido e não demanda o fabricante, caberá a ele (usuário) a prova do fato constitutivo de seu direito. Afinal, geralmente, esse usuário terá mais facilidade de acesso às (fontes das) provas e de cumprir o encargo (não há hipossuficiência), cuja obtenção/produção, em contrapartida, seria excessivamente difícil para plataforma.

Nesse sentido, é cabível citar decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco<sup>6</sup>. No caso analisado, o autor havia ajuizado uma ação contra uma plataforma de marketplace alegando que o produto adquirido na plataforma não havia sido entregue no prazo avençado. A ação foi julgada improcedente porque o Autor não comprovou o fato constitutivo de seu direito e a incumbência não foi destinada à plataforma, sob o fundamento de que ela seria “*mera intermediária que, por consequência, não integra a cadeia de fornecimento*”. Veja-se que a decisão tomou como base a regra geral esculpida no art. 373, I, do CPC, não atribuindo incumbência impossível à plataforma no sentido de provar a entrega do produto – que sequer é de responsabilidade dela – no prazo avençado.

Tem-se, então, que as ações ajuizadas exclusivamente contra as plataformas online devem, salvo exceções, ser pautadas pela regra geral de distribuição do ônus da prova (artigo 373, I e II do CPC), a fim de que se evite incumbência de prova impossível a uma das partes, levando-se em consideração, assim, a relação contratual existente e as peculiaridades desta relação, que se trata de uma intermediação sem relação direta e presencial com os produtos ali anunciados.



<sup>4</sup> STJ; REsp nº 1814330/SP; Terceira Turma; Ministra Nancy Andrighi; DJE: 28/09/2021

<sup>5</sup> Os exemplos são analisados sem nenhuma consideração sobre o mérito dos pedidos citados. Independentemente da distribuição dos ônus probatórios ou da efetiva produção de provas, não se cogita da hipótese de responsabilização das plataformas digitais diante das situações descritas.

<sup>6</sup> T.JPE, Processo nº 0038148-38.2021.8.17.8201, 9º Juizado Especial Cível e das Relações de Consumo da Capital, julgado em 29/11/2021.





# O desafio do controle de jornada do trabalhador remoto e as plataformas digitais

Por André Luís Palmarante Ferreira e Rodrigo de Moraes, advogados de Souto Correa na área Trabalhista



# O desafio do controle de jornada do trabalhador remoto e as plataformas digitais

Há algum tempo o trabalho fora das dependências do empregador passou a ser uma realidade em nosso cotidiano. Ainda que com diferentes roupagens (teletrabalho, *home office*, *anywhere office*, etc.), o trabalho remoto teve sua implementação acelerada pela pandemia da Covid-19 e atualmente é a principal forma de atuação em muitos segmentos do mercado.

Tal situação traz à tona uma das discussões historicamente mais presentes no âmbito da Justiça do Trabalho, qual seja, o controle de horários e o pagamento de horas extras. Segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho, somente nos três primeiros meses de 2022 foram distribuídos mais de 91 mil processos discutindo horas extras, sendo que a temática ocupa o terceiro lugar no ranking de assuntos mais recorrentes em recursos levados ao tribunal.

Inserido no tema das horas extras, um aspecto presente no cotidiano dos empregadores muito antes da eclosão da pandemia é a problemática do controle de jornadas, principalmente para profissionais que, integral ou parcialmente, desenvolviam suas atividades fora das dependências da empresa. Isso porque, não obstante previsão legal no sentido de que os trabalhadores externos não teriam direito a horas extras, essa exceção passa pela (im)possibilidade de exercício do controle de horários por parte do empregador. Desde ferramentas mais rudimentares, como tacógrafos e relatórios de visitas, até aplicativos que monitoram em tempo real os movimentos dos usuários, são suscitados como ferramentas que permitem ao empregador controlar os horários dos empregados e, quando a Justiça do Trabalho reconhece a existência dessas ferramentas, tende a condenar as empresas ao pagamento de horas extras.

Um ponto a se observar é que nem sempre a legislação trabalhista acompanha a evolução das formas de trabalho. A redação atual do trecho da CLT que prevê o trabalho externo, por exemplo, é de 1994, época em que o acesso a ferramentas como *smartphone*, GPS e à própria internet era escasso. Outro exemplo é o fato de que, até 2017, o teletrabalho não tinha regulamentação específica na CLT, o que deixava empresas e trabalhadores à mercê do entendimento de cada juiz ou de analogias legislativas.

Após um período de incertezas decorrentes de alterações legislativas e discussões sobre o controle de jornada dos empregados que trabalham fora do estabelecimento dos seus empregadores, os últimos meses parecem ter sido decisivos para um encaminhamento da questão.

Em 2017, a Reforma Trabalhista inseriu na CLT regra específica sobre o “teletrabalho”, inclusive conceituando esse instituto que, na prática, já era bastante comum, porém objeto de controvérsias em disputas judiciais. A inovação mais importante foi a previsão de que os profissionais que atuavam em teletrabalho estariam afastados do rol de trabalhadores que teriam direito ao recebimento de horas extras. Entretanto, em 2022, a Lei 14.442/2022 afastou do regime de controle de horários tão somente os trabalhadores remotos que prestam serviço por produção ou tarefa, automaticamente incluindo aqueles que prestam serviços por jornada no rol de profissionais que têm direito ao recebimento de horas extras.

No final de 2021, para acompanhar a evolução das formas de trabalho e, por conseguinte, dos respectivos registros de jornada, o Ministério do Trabalho e Previdência publicou a Portaria nº 671/2021, que trata das modalidades de registro de eletrônico de ponto,

merecendo destaque o “registro eletrônico de ponto alternativo” (chamado de “REP-A”, é o conjunto de equipamentos e programas de computador destinados ao registro de jornada, cuja utilização depende de convenção ou acordo coletivo de trabalho) e o “registro eletrônico de ponto via programa” (chamado de “REP-P”, software executado em servidor dedicado ou em nuvem, sem equipamento físico de registro).

O “REP-P”, inovação trazida pela portaria, permite que o empregado registre o início e o final da jornada de trabalho diretamente por meio de software conectado à internet e tem recursos importantes para o empregado e para o empregador, como o acompanhamento em tempo real do número de horas extras realizadas, do saldo de eventual banco de horas, possibilidade de emissão de relatórios e comprovantes de registro de jornada. Além disso, sua implantação não depende de autorização do sindicato da categoria, o que torna mais fácil sua adoção em alguns casos.

Contudo, embora seja um instituto bastante novo e que ainda não foi discutido suficientemente pelo Poder Judiciário, é possível dizer desde já que a adoção do registro eletrônico de ponto via programa deve ser acompanhada de cautelas por parte do empregador.

A primeira cautela a ser mencionada diz respeito à fidelidade dos registros feitos pelo trabalhador remoto. Como o empregado está trabalhando longe da fiscalização direta do empregador, os registros de horário são aqueles informados pelo trabalhador e comumente não estão sujeitos à confirmação. A fim de evitar que os registros sejam invalidados pelo Poder Judiciário em eventual ação trabalhista, o empregador deverá se certificar que nenhum trabalho é feito em horário além daquele registrado. Outro ponto de atenção é a utilização dos equipamentos do trabalho fora do horário registrado, pois isso pode dar margem para alegações de que há trabalho após o registro, ainda que a utilização do computador, por exemplo, seja para fins pessoais.

Há exemplos na jurisprudência trabalhista de empresas condenadas ao pagamento de horas extras em razão da desconsideração dos horários registrados pelo empregado, pois, de alguma forma, se provou que após o fim do expediente ainda existia trabalho.

Também é oportuno destacar a importância da adequação da ferramenta de registro de horários às características técnicas previstas na legislação. Recentemente, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região condenou empregadora que, embora tenha apresentado relatórios das jornadas cumpridas pelo trabalhador, adotou ferramenta de ponto eletrônico que não atendia aos requisitos previstos em portaria ministerial. Destaca-se a menção da referida decisão no sentido de que *“torna-se absolutamente inócuo se o empregado ‘batia a entrada e saída’, pois todas as marcações podem ter sido alteradas pelo computador e, depois, convenientemente impressas nos relatórios (...) De fato, hoje em dia existem programas que, inclusive, apresentam ‘opções’ de simulações de ‘registros fidedignos’ com mais ou menos minutos de horas extras”*<sup>1</sup>.

Em outra situação, o mesmo tribunal validou os registros de horário apresentados pela empregadora, fundamentando a decisão no fato de que *“No caso examinado, há o atestado técnico e termos de responsabilidade por meio do qual o responsável técnico certificou que o equipamento utilizado pela reclamada está em conformidade com a Portaria MTE n. 1.510/2009, esclarecendo que tanto o equipamento quanto os programas nele embutidos: I – não possuem mecanismos que permitam alterações dos dados de marcações de ponto armazenados no equipamento; II – não possuem*

*mecanismos que restrinjam a marcação do ponto em qualquer horário; III – não possuem mecanismos que permitam o bloqueio à marcação de ponto; e IV – possuem dispositivos de segurança para impedir o acesso ao equipamento por terceiros”* (Grifou-se)<sup>2</sup>.

Outra cautela diz respeito aos limites do exercício do poder de fiscalização do empregador e a privacidade do trabalhador remoto. Há ferramentas disponíveis no mercado que, por exemplo, registram uma fotografia do empregado – e, por consequência, do local onde ele está – no momento dos registros de horário. Embora isso seja incipiente, há riscos, ainda que baixos, relacionados à invasão da privacidade e de danos extrapatrimoniais. Ainda há ferramentas que registram a localização exata do empregado no momento do registro, o que também pode ser alegado como violação ao direito de privacidade.

Ainda, é possível projetar riscos relacionados ao controle de jornada dos trabalhadores remotos que estejam em outros países, atuando em outros fusos horários, porém cumprindo jornadas simultâneas ao horário comercial do fuso brasileiro, em especial no que diz respeito ao pagamento do adicional noturno. Trata-se de problemática recente, tão nova quanto a legislação objeto de reflexão, que ainda não foi suficientemente analisada pela Justiça do Trabalho brasileira.

Há medidas que minimizam esses riscos, como, por exemplo, a elaboração de políticas internas prevendo regras de comportamento e a possibilidade de aplicação de punições ao empregado que incorrer em condutas que possam, ainda que indiretamente, pôr em xeque a validade do sistema. A criação dessas normas internas, aliada à efetiva fiscalização por parte do empregador, pode servir para que eventuais irregularidades sejam sanadas em tempo e evitar que se tornem um problema ainda maior e mais duradouro.

Não obstante os aspectos mencionados, é louvável a iniciativa do Poder Público de atualizar as normas trabalhistas de forma a torná-las adequadas à evolução das formas de trabalho e da sociedade, o que foi, sem dúvida alguma, acelerado pela urgência gerada pela pandemia de Covid-19. Muitas das normas trabalhistas ainda vigentes em 2022 remontam à época em que o trabalho se concentrava nas indústrias, no comércio ou no campo, antes da existência de computadores, da internet ou de ferramentas que permitissem que o empregado atuasse de qualquer lugar do planeta. É imprescindível, portanto, que existam atualizações normativas e que estas sejam bem compreendidas e aplicadas para garantir que atendam à finalidade para as quais foram criadas.

Entretanto, a experiência tem mostrado que muitas vezes a existência de disposições legais específicas e de políticas internas não garante aos empregadores e empregados um razoável ambiente de segurança jurídica, razão pela qual a atenção às nuances de cada realidade é imprescindível na busca pelo equilíbrio nas relações de trabalho.

<sup>1</sup> Processo n. 0020854-22.2018.5.0.04.0204; Relator: Luiz Alberto de Vargas; Publicado em 04/04/2022.

<sup>2</sup> Processo n. 0020957-28.2017.5.04.0733; Relatora: Brígida Joaquina Charão Barcelos; Publicado em 04/09/2020.





# Plataforma de benefícios flexíveis e uma legislação inflexível

Por *Geraldo Korpalski Filho, advogado de Souto Correa na área Trabalhista, e Augusto Bercht, advogado de Souto Correa na área Tributária*



# Plataforma de benefícios flexíveis e uma legislação inflexível

Vêm ganhando força no mercado plataformas que oferecem soluções flexíveis para os benefícios concedidos pelas empresas aos seus empregados. O formato consiste em um único cartão que concentra e gerencia todos os benefícios, possibilitando ao empregado liberdade para escolher como utilizá-los. Sobrou dinheiro no vale-alimentação? Que tal utilizá-lo para pagar o mercado? Faltou dinheiro para o transporte? Basta utilizar o que sobrou do auxílio home office. A ideia é ótima e resolve uma questão importante na gestão de pessoas, uma vez que os benefícios são concedidos de forma padronizada pelas empresas, mas as necessidades dos empregados variam bastante.

Contudo, a nossa legislação não está preparada para isso e a flexibilidade esbarra em uma série de questões de natureza trabalhista e tributária. Um exemplo disso é o vale-alimentação. Se a empresa se valer dos benefícios fiscais do PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador), é expressamente proibido que os valores do VA e VR sejam transferidos ou utilizados com outra finalidade, devendo ser mantidos separados sem possibilidade de transferência de saldo (art. 174, I do Decreto nº 10.854/21).

Ainda, a recente Lei Federal 14.442/2022 estabelece que caso a empresa permita a utilização do vale-alimentação para outra finalidade, independentemente de estar cadastrada no PAT, terá que pagar multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00. Ou seja, na prática, pela legislação atual, o valor do vale-alimentação não pode ser flexibilizado nesse tipo de plataforma, sob pena da empresa perder os benefícios fiscais atrelados e pagar multa.

Mais que isso, a flexibilização dos benefícios traz o risco de descaracterização da natureza jurídica do pagamento. Alimentação, ajuda de custo, prêmio, transporte, saúde, etc. Cada uma dessas verbas possui tratamento diferente do ponto de vista trabalhista e tributário, que várias vezes está condicionado a requisitos específicos para cada verba. E o que importa para as autoridades e o judiciário não é a que título o pagamento é feito, mas sim a sua real finalidade e destinação. Quando você coloca tudo em um único cartão e o empregado decide como usar, qual o tratamento tributário e trabalhista que será concedido a essa verba?

Existe uma corrente que entende que a flexibilidade atrai a natureza remuneratória (com todos os reflexos) do benefício. Se é possível o trabalhador utilizar o benefício como quiser, trata-se na verdade de salário, atraindo todos os reflexos trabalhistas e tributários da remuneração. Contudo, como essas plataformas permitem um controle detalhado de onde os valores são gastos, ganha força uma segunda corrente, que entende que natureza vai depender da destinação dos valores feita pelo trabalhador dentro da plataforma. Ou seja, mesmo que a empresa conceda R\$ 500,00 a título de benefício saúde, por exemplo, será necessário verificar se a destinação foi feita para outra categoria e qual o tratamento fiscal e trabalhista daquela categoria de destino.

As duas correntes não são nada animadoras. Permitir a flexibilidade total traz um alto risco de que todo o valor seja considerado remuneração e integre o salário. Da mesma forma que controlar efetivamente onde cada trabalhador utilizou os recursos para definir caso a caso e mês a mês quais verbas serão tributadas e integrarão a remuneração para cálculo da folha de pagamento é uma tarefa extremamente difícil para as empresas.

Então, qual é a saída? Precisamos repensar o conceito de remuneração para fins de tributação e reflexos trabalhistas, mudando as regras aplicáveis, para se adaptar aos avanços recentes no mercado de trabalho que podemos chamar de “era da flexibilidade”. Mas isso, infelizmente, é um processo demorado.

Enquanto essa mudança não acontece é preciso cautela. A opção que tem sido adotada pelas empresas é permitir a flexibilidade apenas entre verbas de mesma natureza e que possuem tratamento tributário e trabalhista similar. Por exemplo, o valor destinado a “auxílio-saúde” poderá ser flexibilizado com o vale-cultura. Contudo, não poderá ser utilizado para pagar contas ou saques em dinheiro. A maioria das ferramentas permite esses bloqueios entre categorias.

Mas essa análise de quais benefícios são compatíveis para flexibilidade não é simples. É fundamental que as empresas façam uma análise detalhada de seus benefícios, para garantir que possuem a mesma natureza jurídica e que as categorias de flexibilidade no cartão escolhido são compatíveis, evitando, assim, a criação de um passivo expressivo tributário e trabalhista.





# Plataformas Digitais e Alternativas de Contratação

Por Lucas Garcia Martins e Manoela Pascal,  
advogados de Souto Correa na área Trabalhista  
e Startup Hub

ARTEIRA DE TRABALHO  
E  
PREVIDÊNCIA SOCIAL



# Plataformas Digitais e Alternativas de Contratação

A chegada da Uber e de outras plataformas digitais ao Brasil, além de inovação, trouxe relevantes debates jurídicos. Um deles está centrado na natureza da relação existente entre as empresas de tecnologia e os trabalhadores que prestam serviços através das plataformas, que possui peculiaridades que as difere da típica relação de emprego, prevista na CLT, de 1943. É o que muitos estão chamando de “Futuro do Trabalho”, que ainda passará por muitos debates, não só nas principais Cortes do país, mas também no Legislativo.

O debate jurídico em questão ganhou ainda mais relevância com o crescimento das chamadas *Dark Stores* e a necessidade de um planejamento logístico detalhado, para que pedidos sejam processados e entregues o mais rapidamente possível e, ainda, de forma customizada. Estar próximo fisicamente do cliente também faz a diferença. Mas é possível alcançar isso sem a utilização de empregados próprios?

No Brasil, a questão é discutida em todos os Tribunais Regionais do Trabalho, bem como no Tribunal Superior do Trabalho, além de ser objeto de, pelo menos, 13 projetos de lei. Da mesma forma, a problemática foi objeto de plebiscito nas últimas eleições da Califórnia, nos Estados Unidos, na qual a população votou pela criação de um terceiro modelo de contratação, que não possui todos os direitos e deveres da relação empregatícia, mas garante alguns itens básicos aos entregadores como, por exemplo, um valor mínimo a ser pago por hora trabalhada<sup>1</sup>. Na França, a problemática foi discutida através da decisão 374, da Corte de Cassação de Paris<sup>2</sup>, que validou o julgado de um Tribunal de Apelação, reconhecendo – naquele caso específico – a possibilidade de vínculo empregatício com base na existência de subordinação.

Não fosse suficiente os diversos projetos de lei envolvendo o tema que estão em trâmite no Brasil, muitas empresas que atuam no segmento também veem defendendo adequações na legislação brasileira que permitam às plataformas inscrever os parceiros (prestadores de serviços) na Previdência Social e, com isso, garantir proteções mínimas aos trabalhadores, sem prejuízo da flexibilidade e autonomia desse tipo de relação. Da mesma forma, diversas empresas têm buscado alternativas para que possam fornecer equipamentos, treinamentos e até mesmo seguros privados aos seus parceiros sem que isso caracterize uma relação de emprego.

Enquanto não há legislação específica disciplinando essas novas categorias de trabalhadores – o que pode ocorrer em um futuro próximo – é importante definir as melhores formas jurídicas para esses trabalhadores se relacionarem com os *apps*, considerando as particularidades de cada modelo de negócio, as possibilidades legais e o atual entendimento dos Tribunais.

Dentre as diversas alternativas de regime jurídico dos trabalhadores além da tradicional relação de emprego (da CLT), cita-se algumas possibilidades: **1)** prestador/cliente da plataforma (amplamente utilizada por empresas que prestam serviços de intermediação e possuem como atividade principal tecnologias); **2)** trabalhador autônomo ou MEI (sob demanda); e, **3)** terceirização via parceria com plataforma de *crowdsourcing*, que possui características, riscos e benefícios específicos. Por tal razão, a definição da forma de contratação dos trabalhadores é fundamental e deverá observar, antes de tudo, o *core business* da empresa.

Por óbvio, que a forma como estruturada a relação entre prestadores e plataformas interferirá diretamente na forma de gestão das atividades, fluxos de pagamento, encargos/custos envolvidos na operação, o que também deverá ser levado em conta para definição do modelo.

Outro ponto que demanda especial atenção diz respeito ao fornecimento de materiais e/ou equipamentos de trabalho (bikes, bags, uniformes, etc.). Como regra básica do Direito do Trabalho, são do empregador o ônus e os riscos do negócio, motivo pelo qual é ele quem deve arcar com as ferramentas de trabalho. Aliás, isso não só no Brasil, mas nos Estados Unidos e em diversas outras jurisdições, onde as chamadas “*tools of the trade*” ganham papel relevante na classificação de um “*independent contractor*”.

Nas modalidades de contratação acima, como não se trata de relações empregatícias, a regra geral é que os trabalhadores deverão, não só escolher, mas arcar com os custos de seus equipamentos, sejam eles quais forem, sem qualquer interferência por parte da plataforma. Porém, não raras vezes os modelos de negócios adotados exigem uma padronização dos equipamentos – vide o caso das entregas rápidas, em que bikes elétricas são indispensáveis para o atendimento do cliente em 15 minutos.

Além disso, cada vez mais são valorizadas práticas, tais como o fornecimento de seguros privados, treinamentos e/ou locais de “*pit stop*” com banheiros, bebedouros, áreas para carregadores de celular e descanso, que tragam benefícios e garantias mínimas aos trabalhadores. O risco e as alternativas relacionadas a cada um destes itens variará de acordo com a legislação local e com as características de cada relação específica.

E quais são as principais características das diferentes relações mantidas entre o prestador e as plataformas digitais? Ainda que esse material não busque esgotar o tema, abaixo constam os principais aspectos que julgamos relevantes para uma primeira análise diante de algumas alternativas de contratação.

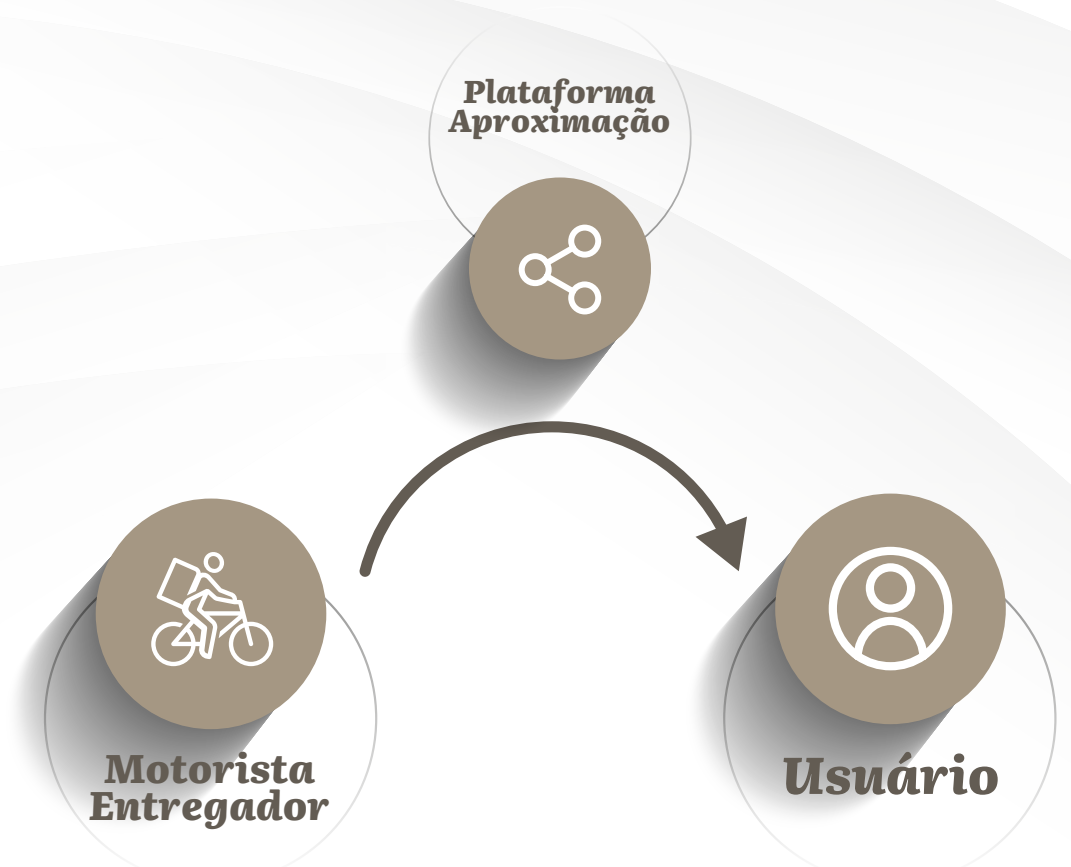
## Plataformas de intermediação e a figura do trabalhador enquanto prestador/cliente

Entre os grandes desafios jurídicos de uma plataforma estão preservar sua essência (intermediação) e sua atividade principal (tecnologia). Afinal, seria o Airbnb uma empresa do setor hoteleiro; a Uber, do transporte privado de passageiros; o iFood, de tele-entrega? Certamente não.

Preservar essa essência significa evitar passivos de diversas naturezas, em especial fiscal e trabalhista.

Para isso, é realmente importante que as plataformas que optam por esse modelo de negócio se mantenham em uma posição de intermediação, criando regras que visem à qualidade e manutenção da plataforma, para ambos os lados (prestadores/clientes e usuários/tomadores), entre as quais: indicação, cadastramento, avaliação, pagamento, comunicação, desativação etc., sem que haja qualquer tipo de controle por parte da empresa, na forma de condução das atividades pelo prestador.

Uber,  
Rappi,  
Loggi



<sup>1</sup> MARTINS, Lucas Garcia e PASCAL, Manoela. Eleições na Califórnia definem que motoristas de aplicativos não possuem vínculo de emprego. E no Brasil, como está a situação? *Jornal Estadão*, 06/11/2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/eleicoes-na-california-definem-que-motoristas-de-aplicativos-nao-possuem-vinculo-de-emprego-e-no-brasil-como-esta-a-situacao/>. Acesso em 30 mai. 2021.

<sup>2</sup> PARIS, Cour de Cassation. Apelação n. S19-13.316 / Ruling n 374 PP-P+B+R+I. Presidente: Mr. Cathala. 04/03/2020. Disponível em: [https://www.courdecassation.fr/IMG/20200304\\_arr\\_et\\_uber\\_english.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/20200304_arr_et_uber_english.pdf). Acesso em 30 mai. 2021.

<sup>3</sup> A Uber, por exemplo, divulgou posicionamento público em que afirma que “está disposta a avançar nessas duas frentes para ajudar a fechar uma equação que aumente a proteção desses trabalhadores sem prejuízo da flexibilidade que tanto valorizam. E hora de poder público, sociedade, empresas e trabalhadores priorizarem essa agenda para darmos passos concretos e atualizarmos a legislação previdenciária de acordo com a realidade das novas formas de trabalho”. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/datafolha-revela-que-maioria-dos-brasileiros-querem-mais-pr-oteco-para-motoristas-e-entregadores-mas-rejeita-m-vinculo-de-emprego-com-aplicativos/sistema>.



# Plataformas Digitais e Alternativas de Contratação

Nessa modalidade, a plataforma não contrata o trabalhador para executar a sua atividade, que é de “intermediação”. É o trabalhador (prestador/cliente) quem contrata os serviços de aproximação prestado pela plataforma, que fica responsável por o conectar ao usuário final (clientes que solicitam entrega de produtos e/ou transporte de passageiro) e, quando for o caso, aos estabelecimentos parceiros (restaurantes e supermercados, por exemplo). Em contrapartida, a plataforma cobra um percentual do valor pago diretamente pelo usuário ao prestador/cliente, a qual varia de acordo com as características de cada negócio. No caso dos motoristas que prestam serviços via app, por exemplo, os trabalhadores chegam a receber cerca de 75% a 80% do preço final pago pelo usuário, do qual deverá descontar as despesas com combustível, veículo etc.

Além da questão remuneratória, essa possibilidade é pautada pela liberdade de os prestadores de serviços definirem como, onde e quando prestarão serviços. Deste modo, é comum que esses trabalhadores prestem serviços para mais de uma plataforma de forma concomitante, inclusive para concorrentes.

Do ponto de vista jurídico, é possível defender, ainda, que a relação comercial mantida entre as partes é estritamente comercial, devendo ser aplicado, de maneira análoga, o disposto na Lei 11.442/2007 (Lei do Transportador Autônomo). De acordo com o art. 5º da referida Lei, a relação havida entre a empresa de transporte e o motorista “(...) são sempre de natureza comercial, não ensejando, em nenhuma hipótese, a caracterização de vínculo de emprego”.

Contudo, como dito acima, apesar de essa modalidade de contratação ser praticada há, pelo menos 7 anos no Brasil, considerando que a Uber foi pioneira e opera em território nacional desde 2014, ainda há discussões e controvérsias sobre o tema, em especial, sobre a (in)existência de vínculo trabalhista dos entregadores com as plataformas em decorrência da suposta existência de subordinação. Isso porque, essa alternativa ainda não possui previsão legal específica, de modo que vem sendo discutida frequentemente pelo Judiciário e pelo Legislativo.

## Trabalhador autônomo/MEI (sob demanda)

Uma alternativa para as plataformas que possuem como atividade principal a comercialização e entrega de produtos próprios e que, portanto, não se confundem com as plataformas de intermediação, é a contratação de profissionais autônomos ou microempresários individuais (MEI).



Esse contrato, em tese, terá natureza civil, eis que a prestação de serviços de transporte é regrada pelo Código Civil (art. 730) e não se confunde com a relação de emprego. Contudo, assim como ocorre no modelo de intermediação, a imposição de critérios e formas de atuação, como por exemplo, exigência de jornada mínima, obrigatoriedade de utilização de equipamentos e uniformes, exclusividade na prestação de serviços etc. são fatores de alto risco, pois poderão ser interpretados como subordinação jurídica, elemento inerente à relação de emprego.

Em outras palavras, ainda que a contratante possa estabelecer diretrizes e instruções gerais sobre as atividades a serem desempenhadas pelos parceiros autônomos – até mesmo por uma questão de manutenção da qualidade/excelência no serviço a ser prestado em seu nome – não é recomendado o exercício de qualquer tipo de controle por parte da empresa, na forma de condução das atividades.

Quanto à remuneração, o valor a ser pago aos trabalhadores normalmente é fixado em correspondência a um percentual sobre o valor da taxa de entrega cobrada do usuário final (cliente). Quanto maior o percentual recebido pelo trabalhador, menos a relação se aproximará do vínculo empregatício. Além disso, é possível a adoção de mecanismos de pagamento a fim de estimular a disponibilidade de entregadores em momentos de maior demanda.

## Trabalhador terceirizado via parceria com plataforma de crowdshipping

Com o intuito de não só reduzir os eventuais riscos decorrentes da contratação dos profissionais autônomos/microempresários individuais, como também os custos e dificuldades operacionais decorrentes da contratação de empregados (CLT), algumas empresas do segmento tem optado pela terceirização das atividades de entrega, através (i.) da contratação de empresas especializadas, que contém com empregados próprios; (ii) de parceria com plataformas de crowdshipping e/ou cooperativas (iii.) do fomento/desenvolvimento da sua própria rede de logística (incentivo à criação de empresas que possuam e desenvolvam sua própria rede de entregadores a serem disponibilizados).



A contratação de empresas terceirizadas, que sejam idôneas no mercado e que possuam know-how para gerenciar suas atividades encontra respaldo na Lei n.º 13.429/2017, que dispõe que a terceirização, até mesmo de atividade fim, é lícita, sendo que a tomadora de serviços responde apenas de forma subsidiária por eventuais débitos devidos pela prestadora de serviços aos seus empregados.

Além disso, também é possível defender a aplicação, por analogia, da Lei 11.442/2007 (Lei do Transporte Rodoviário de Cargas), que afasta a responsabilidade, inclusive subsidiária, da empresa tomadora de serviços nas hipóteses de terceirização específica das atividades de transporte e entrega. Vale mencionar, por cautela, que a aplicação desta Lei é uma construção jurisprudencial que vem ocorrendo de forma análoga para os serviços de entregas municipais, uma vez que as previsões da referida norma foram criadas para o serviço de “transporte rodoviário de cargas”.

Com o intuito de reduzir os custos decorrentes da contratação das empresas terceirizadas que contam com empregados próprios, é possível firmar parcerias com plataformas de crowdshipping, que ficam responsáveis pela intermediação da relação entre a plataforma digital e os trabalhadores cadastrados na plataforma (sejam eles autônomos, microempresários individuais e/ou empregados) ou, ainda, se utilizar de cooperativas, em atenção ao que dispõe o Código Civil, a Lei n.º 5764/71 e a Lei n.º 12.690/2012, com proveito comum, autonomia<sup>4</sup> e autogestão.

O pagamento pelos serviços prestados deverá ser realizado diretamente à empresa terceirizada ou cooperativa, que fará a administração de tais valores, incluindo a negociação e pagamento dos trabalhadores ou distribuição dos resultados entre os cooperativados.

<sup>4</sup> A autonomia deve ser exercida de forma coletiva e coordenada, mediante a fixação, em Assembleia Geral, das regras de funcionamento da cooperativa e da forma de execução dos trabalhos.



## Plataformas Digitais e Alternativas de Contratação

É importante chamar atenção, ainda, para o possível risco de declaração de nulidade do contrato de prestação de serviços para fornecimento da mão de obra e do reconhecimento de vínculo empregatício diretamente entre os trabalhadores terceirizados e a tomadora, na hipótese de restar demonstrada a existência dos elementos da relação de emprego. Nessa hipótese, a plataforma que passará a ser responsável pelo registro e pagamento de todas as verbas contratuais e previdenciárias devidas aos trabalhadores.

**Por tudo o que se viu até aqui**, a definição do formato da relação entre prestadores e plataformas digitais é fundamental. Justamente por isso, a necessidade de atenção: o equívoco de contratação em casos isolados pode ser registrado, documentado, e alcançar toda a base de parceiros, expondo a empresa institucional e judicialmente.

Se, por um lado, contratação de empregados (CLT) possui como pontos positivos a possibilidade de uma maior gestão dos serviços realizados pelos trabalhadores, uma vez que a empregadora pode estabelecer a forma como o trabalho deverá ser prestado e, para o empregado, o direito ao recebimento de benefícios como férias, 13º salário; repouso semanal remunerado; vale transporte, entre outros. Por outro lado, além dos altos custos envolvidos na contratação de um empregado com vínculo empregatício a adoção desse modelo de contratação é, muitas vezes, incompatível com a natureza e com a dinâmica dos serviços prestados através das plataformas digitais, nos quais prevalece um maior dinamismo, liberdade de contratação e flexibilidade do tempo, modo e lugar de prestação de serviços. Nesse aspecto, é importante destacar que pesquisas realizadas nos dois últimos anos por instituições como Datafolha e Ibope apontam que trabalhadores que prestam serviços através de plataformas como iFood, Rappi, Uber, 99, entre tantas outras desejam manter sua autonomia no trabalho (sem vínculo empregatício), mas contar com benefícios e garantias mínimas, como aqueles oferecidos pela Previdência Social.

Dito isso, deverão ser sopesados os pontos acima indicados, assim como os riscos, necessidades de operação e custos envolvidos para definição da melhor forma de contratação.

É importante lembrar, ainda, que além da adoção do correto enquadramento jurídico, boas práticas de techs envolvem regras claras em seus contratos, além de times próprios, geralmente multidisciplinares (comunicações + legal + marketing + compliance e/ou HR), cuja função é justamente criar diretrizes e revisar procedimentos.







# A incidência do ISS na intermediação dos serviços de transporte: o local da prestação

Por Pedro Afonso Fabri Demartini  
e João Paulo Velkis Bio, advogados  
de Souto Correa na área Tributária



# A incidência do ISS na intermediação dos serviços de transporte: o local da prestação

## 1 Introdução

A opção do Poder Constituinte Brasileiro foi a de outorgar aos municípios a competência para a cobrança do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Acertada ou não tal opção, fato é que os entes federados com menor jurisdição territorial estão incumbidos de instituir e cobrar tributos sobre a prestação de serviços, conforme regime instituído por lei complementar, sendo excluídos os serviços sujeitos ao ICMS. A regra geral para definição do município ao qual se deve recolher o ISS, conforme artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003, é a do município onde se encontra o “estabelecimento prestador”. Portanto, em regra, não se deve recolher o ISS no município do local da prestação ou no local do município do tomador. Como estabelecimento prestador, entende-se “o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas” (artigo 4º da mesma Lei Complementar).

A primeira conclusão é um dos mais móveis e “etéreos” fatos geradores de tributos – a prestação de serviços – está submetida à tributação da menor das jurisdições territoriais, a municipal. Um imóvel, sujeito ao IPTU, não pode simplesmente “mudar de endereço” para que seja tributado pelo município x e não pelo município y. Ademais, a localização de um imóvel não é algo que costuma gerar dúvidas. Uma indústria, sujeita ao ICMS, se deslocaria certamente com mais facilidade do que um imóvel, mas ainda assim seria sobremodo custosa uma mudança de endereço, que abrangeria todos seus bens físicos. A respeito de indústrias, também não é comum haver dúvidas a respeito do local em que houve a saída da mercadoria, para fins de incidência de ICMS, justamente porque a mercadoria é um bem físico, que sempre “está em algum lugar”. Os serviços e seus prestadores, por outro lado, possuem mais mobilidade, em especial os novos serviços decorrentes da economia digital, que são prestados por meio de aplicativos presentes nos smartphones de potencialmente todas as pessoas. É frequente no ISS, portanto, discussões acerca do local da prestação dos serviços. Essa discussão se torna ainda mais relevante – e polêmica – com os mencionados serviços da nova economia digital.

Esses serviços, que podem ser prestados a partir de um único ponto físico, podem ter como tomadores milhares (quicá milhões) de pessoas, presentes em todo o território nacional. E, pela regra do ISS – recolhimento no local do estabelecimento prestador –, esses serviços serão tributados em um único município, considerando que a prestação de serviços é centralizada em um único estabelecimento prestador.

Tendo isso em vista, e considerando também o ambiente de guerra fiscal existente entre os municípios, já era de se esperar que tais receitas tributárias se tornassem objeto de embates; também seria de se esperar que os municípios se valessem da natureza “etérea” e móvel da prestação de serviços para, a qualquer custo, consolidar um estabelecimento prestador dentro de seus limites territoriais, outorgando-lhes a competência necessária para a cobrança do ISS.

Isso é justamente o que ocorre com os serviços de intermediação de serviços de transporte, prestado por empresas que possuem os tão

utilizados “aplicativos”. Nesses serviços, existe um estabelecimento prestador, que é na maior parte das vezes localizado em um único município, no qual está presente toda a estrutura física e equipe de técnicos necessárias à manutenção e funcionamento do aplicativo.

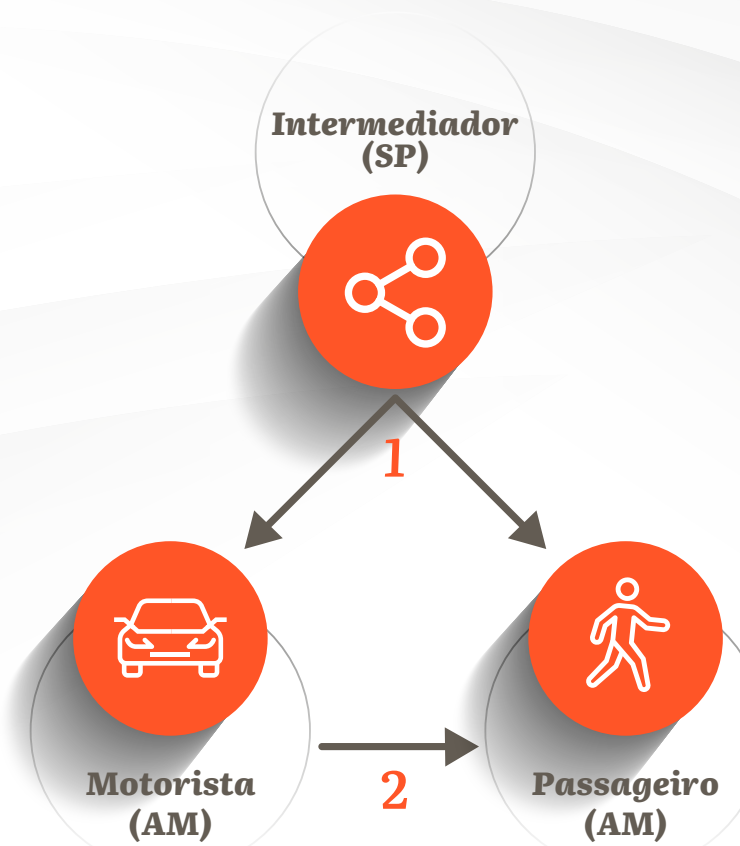
O serviço de intermediação prestado consiste basicamente em aproximar as partes – o passageiro e o motorista, para que este preste o serviço de transporte àquele. Assim, quando uma pessoa, em Manaus, contrata uma viagem por meio do aplicativo, a prestação do serviço de intermediação é realizada por meio do estabelecimento prestador do intermediador – localizado em São Paulo, por exemplo. O serviço de intermediação, portanto, será tributado no Município de São Paulo. O serviço de transporte prestado pelo motorista, por outro lado, é submetido à competência tributária do Município de Manaus.

Dessa forma, independentemente de onde ocorre a prestação do serviço de transporte, o serviço de intermediação é prestado sempre no mesmo lugar: no local do estabelecimento prestador da empresa que realiza essa intermediação.

## 2 Local do estabelecimento prestador e recolhimento do ISS incidente na intermediação dos serviços de transporte

Os serviços de intermediação, não estando enquadrados em nenhuma das exceções à regra aplicável aos serviços, devem ser tributados pelo Município no qual está localizado o estabelecimento prestador.<sup>1</sup>

Nesse sentido, a tributação dos “aplicativos de transporte” pode ser dividida da seguinte forma: 1) a incidência de ISS sobre a intermediação do serviço de transporte; e 2) a incidência do ISS sobre o próprio serviço de transporte, prestado pelos motoristas. Veja ilustração exemplificativa do cenário:



**1:** ISS sobre o serviço de intermediação, prestado pelo intermediador, devido ao Município de São Paulo

**2:** ISS sobre o serviço de transporte, prestado pelo motorista, devido ao Município de Manaus

<sup>1</sup> Tais serviços podem ser enquadrados, por exemplo, no item 10.02 da Lista Anexa da Lei Complementar nº 116/2003, que possui a seguinte redação: Agenciamento, corretagem ou intermediação de títulos em geral, valores mobiliários e contratos quaisquer.



# A incidência do ISS na intermediação dos serviços de transporte: o local da prestação

Vê-se, assim, que não há motivo para que os municípios, nos quais não está presente o estabelecimento prestador do intermediador, pretendam cobrar o ISS incidente sobre a atividade de intermediação, pois não é o local do embarque do passageiro (onde ocorre a prestação do serviço de transporte) que define o local ao qual é devido o ISS sobre o serviço de intermediação. A legislação atualmente em vigor não permite essa cobrança.

Nesse sentido, tramita no Congresso Nacional um projeto de alteração da legislação sobre o ISS, que visa a criar um item de serviço específico para intermediação de serviços de transporte. A partir do Projeto, alterar-se-ia a regra de competência do ISS, determinando que o imposto será devido no local “do embarque do tomador dos serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros previamente contratado por intermédio de aplicativos”<sup>2</sup>. Assim, enquanto não houver alteração da lei complementar, o único município competente para cobrar o ISS sobre a atividade de intermediação de serviços de transporte é o município onde o prestador desse serviço possuir estabelecimento onde é exercida a atividade de prestação de serviços.

## E se o prestador do serviço de intermediação possuir um “ponto de apoio” no município

### 3 onde o serviço de transporte é realizado?

Um ponto que pode gerar alguma dúvida – e que é comum a outros serviços – é a possibilidade de o prestador do serviço de intermediação possuir algum “ponto de apoio” ou estrutura auxiliar em município diverso daquele onde está presente seu estabelecimento prestador. Por exemplo, além do estabelecimento matriz, onde é exercida a atividade de intermediação, o prestador pode possuir uma filial em outro município, com funções administrativas. Essa estrutura filial pode ter funções administrativas internas, mas também outras funções como a de dar apoio aos motoristas e realizar cadastros de motoristas e passageiros. Essa filial, no entanto, não seria essencial à prestação do serviço de intermediação: se ela simplesmente desaparecesse, o aplicativo continuaria a funcionar normalmente, e o serviço de intermediação continuaria a ser prestado.

Em situações como essa, é importante pontuar que, mesmo que exista uma filial, não é possível que o município onde ela está situada cobre o ISS sobre o serviço de intermediação, por esse simples fato. Não é a simples presença física de uma filial que possibilita a um município a cobrança do ISS, mas sim a efetiva prestação de serviços nessa estrutura física, situação na qual haverá um estabelecimento prestador para fins de ISS. Como já decidido pelo STJ, o município competente para a cobrança do ISS é o município onde é desenvolvida a atividade fim, ainda que exista uma filial em outro município (exercendo uma atividade meio). Confira-se:

<sup>2</sup> Vide PLS nº 493/2017.

<sup>3</sup> Recurso Especial nº 1.251.753/SC, STJ, 2ª Turma, Rel. Humberto Martins, j. 29-09-2011, DJe 04-10-2011.

<sup>4</sup> Segundo Leandro Paulsen, “por maior que seja a capacidade colaborativa de uma pessoa, não pode ser exigida colaboração exagerada consubstanciada em obrigações múltiplas, complexas e sobrepostas. Ademais, a colaboração não pode pressupor recursos materiais e humanos demasiadamente onerosos. Essas obrigações esboçam na vedação do excesso. Isso porque a coordenação dos interesses do Fisco com as liberdades das pessoas se impõe para a preservação dos diversos valores consagrados constitucionalmente”. (PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. COMPETÊNCIA. MUNICÍPIO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DESENVOLVIMENTO DA ATIVIDADE FIM.

1. Cinge-se a controvérsia em saber qual Município é titular do crédito de ISSQN: o Município de Cariacica, onde é prestado o serviço desenvolvido pelo contribuinte (lavanderia); ou o Município de Vitória, local da filial administrativa da empresa (captação de clientela, entrega da mercadoria e pagamento).

2. Considera-se como local do estabelecimento prestador a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de ser formalmente considerada como sede ou filial da pessoa jurídica.

**3. No presente caso, o Município de Vitória (recorrente) não é o local da prestação de serviços, mas sim onde se executam as atividades de captação da clientela (atividade meio). Portanto, não pode o recorrente ser o beneficiário do tributo.**

4. A jurisprudência do STJ afirma que, “envolvendo a atividade, bens e serviços, a realidade econômica que interessa ao Direito Tributário impõe aferir o desígnio final pretendido pelo sujeito passivo tributário, distinguindo-se a atividade meio, da atividade fim, esta última o substrato da hipótese de incidência.” (REsp 805.317, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJ 17.8.2006).

Agravo regimental improvido. (Grifou-se)<sup>3</sup>

Portanto, ainda que o intermediador do serviço de transporte possua alguma estrutura em outro município, isso não autoriza, por si só, a cobrança do ISS sobre os serviços de intermediação por esse município.

## 4 Conclusão

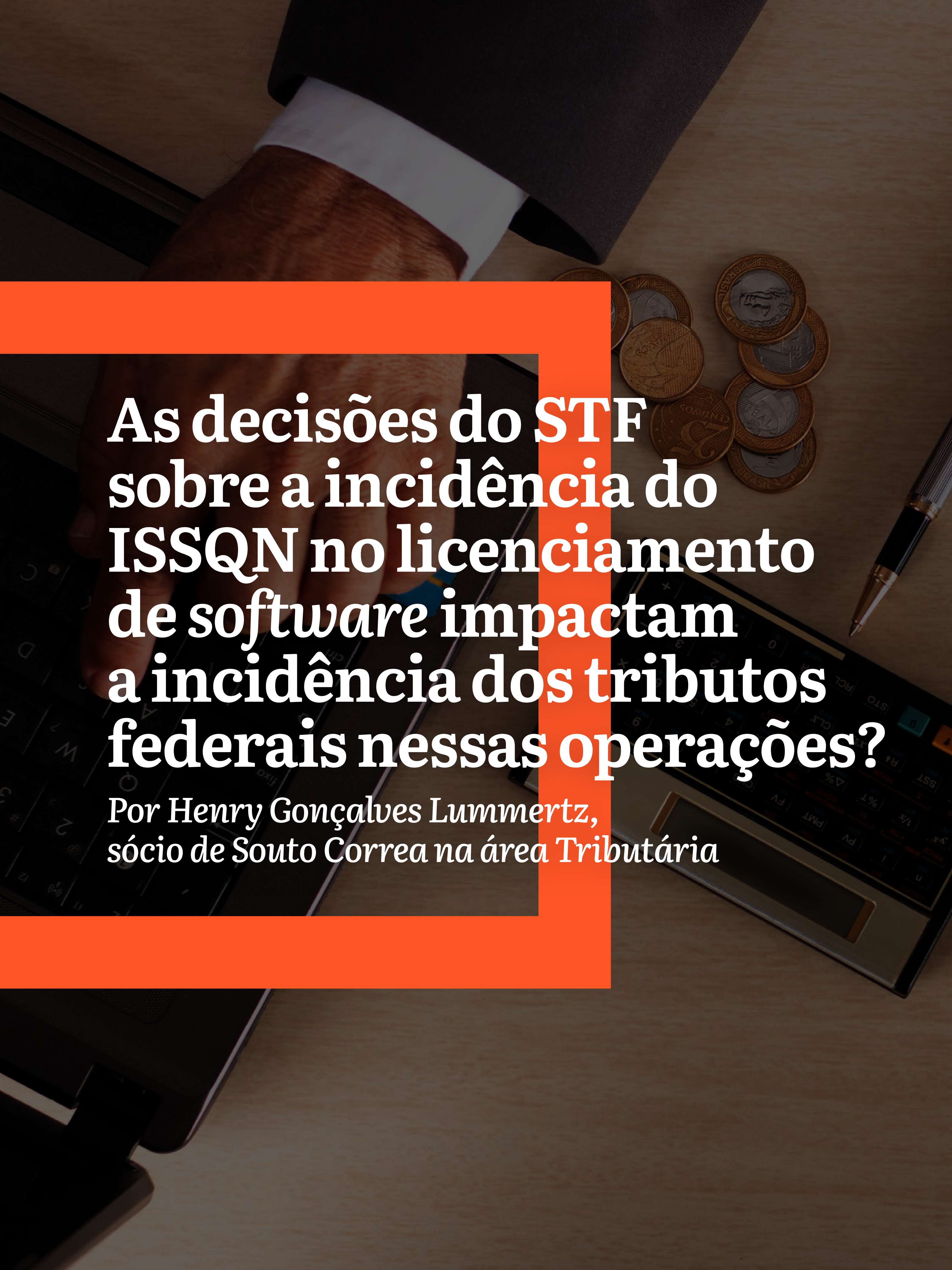
Não é ilegítimo o pleito de municípios para que haja uma melhor distribuição das receitas tributárias decorrentes da prestação de serviços por meio de aplicativos, receitas essas que, atualmente, são de titularidade de alguns poucos entes tributantes. Esse pleito, todavia, não pode subverter a ordem jurídica vigente, pretendendo forçar o judiciário a legislar e coagindo as empresas de intermediação a pagarem impostos indevidos a partir da lavratura de autos de infração temerários.

Ademais, eventual alteração legislativa não pode representar um ônus excessivo aos prestadores dos serviços de intermediação, como é o caso do PLS nº 493/2017. Imagine-se ter de se inscrever e recolher ISS em todos os milhares municípios brasileiros. Os gastos financeiros para implementação, bem como o tempo gasto no cumprimento de obrigações acessórias seria imenso, violando o princípio da capacidade colaborativa.

A tributação dos serviços de intermediação por meio de aplicativos – e de muitas outras atividades que até muito recentemente não existiam – é um tema verdadeiramente desafiador, não só para os contribuintes, mas também para o legislador e para os fiscos municipais. Porém, o enfrentamento a esse desafio deve sempre pautar-se pelo respeito à ordem jurídica vigente.

Assim, quanto à incidência do ISS sobre os serviços de intermediação dos serviços de transporte, deve prevalecer, ao menos por ora, a competência do município do local do efetivo estabelecimento prestador. Isto é: o local onde se encontra estrutura e pessoal técnico necessários para o funcionamento desse aplicativo. Os municípios onde ocorre o embarque de passageiros, ou mesmo aqueles onde existe alguma estrutura de apoio (não essencial para a prestação do serviço de intermediação), não possuem legitimidade para cobrar o ISS sobre tais serviços de intermediação.



A hand in a dark suit sleeve and white shirt cuff is typing on a black keyboard. To the right of the hand, several gold and silver coins are scattered on a light-colored surface. A black pen with a silver tip is also visible on the right side. The background is a dark, textured surface.

# As decisões do STF sobre a incidência do ISSQN no licenciamento de software impactam a incidência dos tributos federais nessas operações?

Por Henry Gonçalves Lummertz,  
sócio de Souto Correa na área Tributária



# As decisões do STF sobre a incidência do ISSQN no licenciamento de software impactam a incidência dos tributos federais nessas operações?

Assim que o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 1.945 – MT e nº 5.469 – MG, decidindo que o licenciamento de *software* está sujeito à incidência do ISSQN, e não do ICMS, surgiu a dúvida acerca da eventual repercussão dessas decisões na incidência dos tributos federais incidentes nessas operações.

Isso porque, em várias manifestações, a Receita Federal definiu a tributação incidente em operações relacionadas a softwares com base na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 176.626 – SP, interpretada pela Receita Federal como havendo definido a natureza de mercadoria do *software* “de prateleira”<sup>1</sup>.

Entende-se que a resposta deve ser negativa.

Primeiro, porque as próprias decisões proferidas no julgamento das ADIs nº 1.945 – MT e nº 5.469 – MG são expressas ao referirem que estão restritas à hipótese de “licenciamento ou cessão de uso de programas de computador” prevista no subitem 1.05 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

Segundo, porque, no julgamento da ADIN nº 1.945 – MT e da ADIN nº 5.659 – MG, o Supremo Tribunal Federal não disse que o licenciamento do *software* seria um serviço. O que o Supremo Tribunal Federal afirmou foi que se tratava de uma operação complexa, que envolve obrigações de fazer e obrigações de dar, resolvendo a questão pela aplicação da regra constitucional que determina que o ICMS incide apenas quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios (CF, art. 155, § 2º, inc. IX, “b”), de modo que, a *contrario sensu*, se o serviço estiver compreendido na competência tributária dos Município, a operação será submetida à incidência do ISSQN, mesmo que envolva o fornecimento de mercadorias<sup>2</sup>. O afastamento da incidência do ICMS, por conseguinte, não decorre da circunstância de o licenciamento ou cessão de uso de *software* não envolver o fornecimento de mercadoria, mas sim da circunstância de que, sendo o licenciamento de *software* uma operação complexa e estando ele previsto no subitem 1.05 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, mesmo que a operação envolva o fornecimento de mercadoria, seu valor integral deve ser submetido à incidência do ISSQN. Diga-se, aliás, que a aplicação dessa regra reforça a conclusão de que, no licenciamento de *software*, há – ou pode haver – fornecimento de mercadoria, pois, do contrário, se houvesse só serviço, essa regra não seria aplicável.

Terceiro, porque o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que no licenciamento não haveria circulação de mercadoria, é consentâneo com aquele da Receita Federal, que só considera existir “venda de mercadoria”, quando há uma “venda” do *software*, compreendida esta como o licenciamento definitivo, entendendo que, em se tratando de licenciamento limitado no tempo, não há que se falar em venda de mercadoria

Quarto, porque o Supremo Tribunal Federal, a rigor, não afastou a distinção entre *softwares* sob encomenda e “de prateleira” utilizada pela Receita Federal, nem disse que ela está errada. O que foi dito foi que essa distinção não se revelava “suficiente” para solucionar todos os conflitos entre o ICMS e o ISSQN.

Quinto, porque o Supremo Tribunal Federal, não apartou o *software* do conceito de mercadoria. Pelo contrário: deixou claro que a circunstância de se tratar de bem intangível ou incorpóreo não é suficiente para descaracterizá-lo como mercadoria. Assim, se, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, fixado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 176.626 – SP, a identificação do *software* “de prateleira” decorria da circunstância de esse tipo de *software* vir gravado em um suporte físico, de acordo com o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o *software* em si, pode ser qualificado como mercadoria, independentemente de estar gravado em um suporte físico.

Sexto, porque a própria Receita Federal já afirmou que a circunstância de o licenciamento e a cessão de uso de softwares ser considerada prestação de serviço para fins de ISSQN, não impõe que se dê a essas operações a mesma qualificação para fins de determinar a incidência dos tributos federais, pois a Lei Complementar nº 116/2003 não constitui norma geral de Direito Tributário, mas sim regra destinada a prevenir conflitos de competência entre Estados e Municípios<sup>3</sup>.

Por todas essas razões, entende-se que as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs nº 1.945 – MT e nº 5.469 – MG não repercute, de forma necessária e imediata no entendimento da Receita Federal acerca dos tributos federais que devem incidir em operações com *softwares*. O que, evidentemente, não significa que a Receita Federal, no futuro, não venha a evoluir em seu entendimento. Até porque ele não é isento de inconsistências e contradições.



<sup>1</sup> Esse entendimento é adotado, por exemplo, para afastar a natureza de royalty dos valores remetidos para o exterior e, em consequência, afastar a incidência do IRRF e da CIDE-Royalties nessas remessas; para afastar a incidência da CPRB; para afastar a incidência do PIS-Importação e da COFINS-Importação; para afastar a incidência do IPI incidente na importação; e para afastar a incidência da retenção na fonte do IRRF, da CSLL, do PIS e da COFINS, entre outros.

<sup>2</sup> Como consta, em nível infraconstitucional, no inc. IV do art. 2º da Lei Complementar nº 87/1996 e no inc. V do art. 3º da Lei Complementar nº 87/1996 e no § 2º do art. 1º da Lei Complementar nº 116/2003.

<sup>3</sup> Solução de Divergência COSIT nº 11/2011.



# Marketing e PIS/COFINS: Análise a respeito da apropriação de créditos

*Por Gabriel Stanton e Giacomo Paro,  
respectivamente, advogado e sócio  
de Souto Correa na área Tributária*



# Marketing e PIS/COFINS: Análise a respeito da apropriação de créditos

O crescimento exponencial de plataformas digitais ao longo dos últimos anos revelou que umas das estratégias de crescimento desses negócios está essencialmente baseada em marketing, com expressivos investimentos em campanhas para que o público conheça tais plataformas. Tal cenário têm gerado debate na esfera tributária no que diz respeito a verificar se tais valores geram créditos de PIS/COFINS.

Na modalidade de apuração não cumulativa de PIS/COFINS, é possível descontar créditos em relação àquilo que é expressamente previsto em lei, como, por exemplo, energia elétrica e aluguel de máquinas e equipamentos. Despesa incorrida com a contratação de prestação de serviço de marketing, no entanto, não está categoricamente elencada na legislação, daí porque a apropriação de crédito em relação a tal despesa depende de sua qualificação como um insumo para o contribuinte.

O presente artigo tem a finalidade de analisar o conceito de insumo e o papel desempenhado pelo serviço marketing para o crescimento das plataformas digitais, de modo a identificar a viabilidade da apropriação de créditos de PIS e COFINS.

O Superior Tribunal de Justiça definiu o conceito de insumo em fevereiro de 2018 quando julgou o Recurso Especial nº 1.221.170/PR, submetido ao rito dos recursos representativos de controvérsia. No referido julgamento, prevaleceu a definição do conceito de insumo a partir dos critérios da essencialidade ou da relevância, tendo sido rejeitado o conceito mais restritivo de insumo veiculado pela Receita Federal do Brasil em atos infralegais, tais como as Instruções Normativas SRF nº 247/2002 e nº 404/2004.

Tem-se que a essencialidade corresponde ao item que dependa, intrínseca e fundamentalmente, o produto ou o serviço. Em outras palavras, constitui um “elemento estrutural e inseparável do processo produtivo ou da execução do serviço, ou, quando menos, a sua falta lhes prive de qualidade, quantidade e/ou suficiência”, conforme o voto da Ministra Regina Helena Costa no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça.

Já a relevância é “identificável no item cuja finalidade, embora não indispensável à elaboração do próprio produto ou à prestação do serviço, integre o processo de produção, seja pelas singularidades de cada cadeia produtiva (v.g., o papel da água na fabricação de fogos de artifício difere daquele desempenhado na agroindústria), seja por imposição legal (v.g., equipamento de proteção individual – EPI), distanciando-se, nessa medida, da aceção de pertinência, caracterizada, nos termos propostos, pelo emprego da aquisição na produção ou na execução do serviço”, de acordo com o mesmo voto da Ministra.

A partir da definição pelos critérios da essencialidade ou da relevância, percebe-se que a definição de insumo necessariamente depende de cada negócio. Em outras palavras, nem tudo o que é essencial ou relevante para um contribuinte que atua em setor econômico também é essencial ou relevante para um contribuinte de outro setor econômico. Diante da imprescindível análise casuística, é importante que se analise a dinâmica de negócio das plataformas digitais.

De maneira geral, uma plataforma digital é um empreendimento baseado em tecnologia que conecta usuários. A monetização de uma plataforma pode ser baseada em diferentes premissas, como a publicidade em si (e.g. redes sociais), instrumento de assinatura para a disponibilização de um conteúdo (e.g. streaming) e um fee por intermediação (e.g. mobilidade urbana). Independentemente de qual é a espécie da plataforma, há um ponto em comum em relação a todas elas: os usuários.

Nitidamente, usuário é o foco de plataformas, as quais precisam ter a capacidade de atrair e retê-los. Os números relacionados a usuários são importantes para a plataforma em termos de crescimento, perenidade, avaliação e, notadamente, geração de negócios. No aspecto prático, o sucesso de uma plataforma depende, necessariamente, do público que ela tem a capacidade de atingir. No mesmo sentido, o número maior de usuários querendo oferecer seus serviços e produtos na plataforma tendencialmente

gera uma receita maior decorrente do fee de intermediação, reduz o número de espera pelo serviço (e.g. motoristas ativos cadastrados) e aumenta as opções ofertadas (e.g. locadores/imóveis cadastrados).

O marketing é um dos instrumentos que viabiliza o desenvolvimento e manutenção do negócio das plataformas digitais. Além dos aspectos mencionados acima, não se pode desprezar a concorrência no mercado, já que diferentes plataformas costumam concorrer pelos mesmos usuários. Mais do que isso, plataformas operam em um ambiente online e intangível. Tratando-se de negócio digital, a propaganda tem grau de essencialidade ainda maior em comparação a um negócio físico, como, por exemplo, uma loja.

Vale destacar que que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já decidiu, em caso envolvendo contribuinte varejista, que “as despesas com publicidade e propaganda, em um segmento altamente agressivo e competitivo como a que Impugnante atua, torna-se essencial, não só a sua atividade, como a sua própria sobrevivência”<sup>1</sup>.

A jurisprudência, no entanto, não é pacífica e há decisões desfavoráveis. Em caso mais recente e desfavorável envolvendo uma plataforma digital, o conselheiro vencido no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais reconheceu que é “inegável que existe no CARF um preconceito, no sentido técnico da palavra, em relação a que as despesas com publicidade não integram o conceito de insumos”<sup>2</sup>.

No Judiciário, há decisões que consideraram valores de publicidade e propaganda como despesas operacionais e que os valores não se enquadraram em nenhuma atividade definida no objeto social das pessoas jurídicas em questão.

Tratando-se de plataformas digitais, a análise quanto ao enquadramento do serviço de marketing (agências, campanhas, propagandas, etc.) como insumo deve ser realizada sob a ótica da economia digital e dos novos modelos de negócio. Na linha do referido acima, não é porque o marketing possa não ser considerado essencial para um contribuinte que se deva chegar à mesma conclusão para outro contribuinte.

Nessa toada, diferentemente de uma loja que tem ponto fixo com clientes que visivelmente frequentam o ponto, o que por si só já atrai atenção de potenciais consumidores, uma plataforma digital tem usuários conectados por meio da tecnologia subjacente a ela de maneira “invisível”, a intermediação do serviço acontece, mas não se mostra evidente a terceiros alheios àquela relação, em geral.

Assim, os investimentos em marketing são fundamentais (são por vezes a única forma) para construção de uma base sustentável, perene e ativa de usuário, a fim de gerar diretamente receita ou de viabilizar a geração de receita em linhas de negócio conexas. Portanto, em plataformas digitais, o marketing assume a roupagem da essencialidade, uma vez que a sua falta potencialmente retira a quantidade e a suficiência de usuários e, conseqüentemente, de receita e da própria viabilidade da plataforma seguir oferecendo seus serviços, que, novamente, dependem de escala.



<sup>1</sup> Acórdão nº 3302-008.120.  
<sup>2</sup> Acórdão nº 3302-012.005.



# Responsabilização de plataformas digitais pelo recolhimento do ICMS

Por Anderson Trautman Cardoso  
e Fernando Gomes de Souza Ayres,  
sócios de Souto Correa na área de Tributário



# Responsabilização de plataformas digitais pelo recolhimento do ICMS

## 1 Breve introdução e alguns fatos antecedentes

Não é novidade a existência de tentativas ou efetiva implementação de medidas/regras para responsabilização das plataformas digitais que fazem intermediação de vendas de produtos pelo ICMS eventualmente devido pelos usuários. Aliás, algumas delas já estão materializadas há muitos anos.

De outro lado, não é demasiado lembrar, também, uma premissa óbvia: com exceção de plataformas de vendas efetivas em ambiente virtual (atividade chamada de *e-commerce*), as demais exercem atividade de prestação de serviços de aproximação ou intermediação entre as partes, compradora e vendedora, atividade essa (intermediação) sujeita ao ISS.

Ocorre que essa premissa nunca foi suficiente para afastar a criação de regras de responsabilização (em geral solidária) das plataformas de tecnologia pelo ICMS.

No Estado de São Paulo, por exemplo, há mais de 10 anos já vigora a Portaria CAT 156/2010. Para plataformas de intermediação de atividades tributadas pelo ICMS (os chamados *marketplaces* clássicos – de compra e venda de produtos), há previsão na referida Portaria de responsabilização solidária da plataforma quanto ao ICMS não pago pelos usuários (regras já incorporadas até antes da Portaria CAT 156, pela Lei Estadual nº 13.918/2009, artigo 13, III), na hipótese de não apresentação de informações em prazo e formato específicos indicados na Portaria.

Na época da discussão e edição dessa Portaria CAT 156/2010, a redação original chegava a prever, inclusive, o compromisso (espécie de certificação), por parte da plataforma, de que as informações que seriam repassadas ao Fisco fossem verdadeiras, também sob pena de responsabilização solidária. Felizmente, tal previsão foi excluída, mas a obrigação do fornecimento de informações, sob pena de responsabilização pelo ICMS, permaneceu.

Embora juridicamente questionáveis, fato é que, em São Paulo, há autuações fiscais julgadas pelo Tribunal de Impostos e Taxas, fundamentadas pelas informações exigidas – e, portanto, fornecidas – por plataformas de intermediação de compra e venda, com fundamento na Portaria CAT 156/2010.

Também, um pouco mais recentemente, os estados do Rio de Janeiro (Lei 8.795/2020), Mato Grosso (Lei 11.081/2020), Bahia (Lei 14.183/2018) e Ceará (Lei 16.904/2019) também editaram atos normativos atribuindo responsabilidade tributária às empresas que operam tais plataformas, nas hipóteses de descumprimento de obrigações tributárias

(principais e acessórias) pelos comerciantes que ali anunciam e vendem suas mercadorias, ou pela ausência de prestação de informações ao Fisco.

Esse movimento, que pode ser explicado tanto pela ausência de compreensão exata do modelo de negócio – na medida que, não raro, os Fiscos Estaduais têm certa predisposição a confundir operações de intermediação e venda –, quanto por uma mera tentativa de transferência do dever de fiscalização (que deveria ser do Estado) ao particular, ganhou reforço importante em setembro de 2020.

A partir da vigência do Convênio ICMS nº 71/2020, celebrado no âmbito do Conselho de Políticas Fazendárias (CONFAZ), todos os “intermediadores de serviços e negócios” ficaram obrigados a fornecer aos Estados “todas as informações relativas às operações realizadas pelos estabelecimentos e usuários de seus serviços”.

O Convênio ICMS nº 71/2020 inseriu a Cláusula Terceira-A no Convênio ICMS nº 134/2016, indicando que as referidas informações devem ser apresentadas “até o último dia do mês subsequente”, no formato pormenorizado em Ato COTEPE/ICMS. Criou-se a obrigação acessória de entrega da Declaração de Informações de Meios de Pagamento (DIMP), por meio da qual os intermediadores de serviços e de negócios passarão a fornecer às unidades federadas informações relativas às operações realizadas pelos estabelecimentos e usuários dos serviços da plataforma.

E o Convênio ICMS nº 71/2020 vai além. Amplia a obrigação de prestar informações sobre operações de intermediação de forma indiscriminada, atingindo até mesmo a intermediação de serviços/atividades que **sequer são tributadas pelo ICMS**. Dito de outro modo, exige-se a entrega de informações aos fiscos estaduais relacionadas a operações que estão fora da competência tributária estadual.

Não se discute a possibilidade de as empresas de intermediação de negócios, por meio de plataformas tecnológicas, possam e devam contribuir com as autoridades fiscais, fornecendo as informações quando necessário e cabível. Especialmente para melhor verificação do cumprimento das obrigações tributárias por aqueles que usam a plataforma, no contexto de trabalho de fiscalização conduzido pelas Fazendas Estaduais balizado e com propósito determinado.

Aliás, trata-se de movimento internacional, dado que tendencialmente haveria maior facilidade de acesso à informação de as plataformas. Nessa linha, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (<https://www.linkedin.com/company/organisation-eco-co>

[operation-development-organisation-cooperation-development-eco/](http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/model-rules-for-reporting-by-platform-operators-with-respect-to-sellers-in-the-sharing-and-gig-economy.pdf)) divulgou relatório<sup>1</sup> sobre tributação da economia digital, tratando do dever/responsabilidade das plataformas digitais de obter informações sobre a renda daqueles que, por meio delas, oferecem serviços (ex. acomodações, transportes e outros) e compartilhar tais informações com as autoridades fiscais.

As plataformas, em outras palavras, passariam a ser colaboradores da fiscalização tributária no que se refere aos tributos devidos por seus usuários (seja de forma solidário do próprio tributo devido, seja pelo cumprimento de obrigações acessórias).

Contudo, cuida-se de posicionamento que merece ser examinado com cautela. Não se pode pretender impor esse ônus a essas empresas sem a devida observância dos limites legais e constitucionais, inclusive atribuindo responsabilidade por tributo do qual sequer são contribuintes. Isso, sem falar da imposição de obrigação acessória sem cabimento, que gera custos elevados, sistemas complexos, prejudicando a competitividade de empresas brasileiras nesse mercado que é global.

Nos tópicos a seguir, serão abordados alguns dos principais argumentos para questionar a exigência da DIMP em sua forma atual, especialmente no que se refere à responsabilização tributária pelo ICMS imposta às plataformas de intermediação.



<sup>1</sup> <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/model-rules-for-reporting-by-platform-operators-with-respect-to-sellers-in-the-sharing-and-gig-economy.pdf>



# Responsabilização de plataformas digitais pelo recolhimento do ICMS

## 2 Principais pontos de reflexão

### a) Conexão da atividade das plataformas com o fato gerador do ICMS.

Conceitualmente, não há ligação direta entre os compradores e vendedores com o gestor da plataforma de intermediação que justifique responsabilização pelo recolhimento do ICMS, o que contraria a rígida sistemática de responsabilização tributária autorizada pela Constituição Federal e cujas regras encontram-se dispostas no Código Tributário Nacional.

Como se sabe, na relação jurídica tributária, o sujeito passivo é aquele de quem se exige o cumprimento da obrigação, sendo que este, geralmente, é quem pratica o fato impositivo<sup>2</sup>. Há situações em que outra pessoa – que não aquela que praticou o fato previsto na hipótese de incidência – é escolhida pelo legislador para assumir os efeitos da obrigação tributária<sup>3</sup>.

Neste contexto, vale recordar que a Constituição Federal, em seção que trata sobre os princípios gerais do Sistema Tributário Nacional, estabelece que cabe à lei complementar tratar sobre normas gerais de matéria tributária, incluindo expressamente neste rol a disciplina da obrigação tributária (artigo 146, III, “b”).

Por sua vez, é no Código Tributário Nacional – norma recepcionada na forma do artigo 146, III, “b”, da Constituição Federal – onde encontram-se as hipóteses dos possíveis responsáveis tributários.

Entre tais hipóteses, há expressa previsão de que poderão ser solidariamente responsáveis pelo cumprimento da obrigação tributária “as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”, bem como “as pessoas expressamente designadas por lei” (artigo 124, CTN).

Complementando a redação do artigo 124 do CTN<sup>4</sup>, é importante recordar, sobre a possibilidade de atribuição de responsabilidade a terceiros, que o artigo 128 do CTN, além de exigir expressa previsão legal, impõe que o terceiro em questão tenha ligação com o fato impositivo ensejador da obrigação tributária.

No que concerne à responsabilização das plataformas, cabe uma análise mais cautelosa a respeito da correta interpretação da hipótese de atribuição de responsabilidade tributária com base em eventual “interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”, já que este é, supostamente, o fundamento invocado pelos estados ao editar atos normativos.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), interpretando as disposições acerca da matéria, estabeleceu

entendimento de que o referido “interesse comum” necessariamente condiciona que as pessoas solidariamente obrigadas “sejam sujeitos da relação que deu azo à ocorrência do fato impositivo”<sup>5</sup>. Para o STJ, portanto, para configuração de “interesse comum” e consequente responsabilização solidária, não basta a verificação de eventual interesse econômico entre empresas na situação que constitui fato gerador do tributo, mas sim o efetivo interesse jurídico manifestado em uma atuação conjunta dos sujeitos na situação que gera a obrigação tributária.

Em outras palavras, em consonância com tal entendimento, a mera intermediação (ou disponibilização de espaço virtual) não seria suficiente para responsabilização das plataformas ao recolhimento do ICMS. Não há participação direta na operação de compra e venda tributada pelo imposto – a qual tem como sujeitos apenas o vendedor e o comprador. Há a disponibilidade de condições (por meio de espaço virtual/digital) para a aproximação dos efetivos agentes da obrigação tributária.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o Recurso Extraordinário nº 562.276/PR<sup>6</sup>, firmou importantes diretrizes sobre responsabilização tributária em casos similares. Foi estabelecido, inclusive, que o terceiro só pode ser responsabilizado pelo imposto se tiver “contribuído para a situação de inadimplemento como contribuinte”, bem como que a possibilidade de atribuição de responsabilidade a terceiros “não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária, sem a observância dos requisitos exigidos pelo artigo 128 do CTN”.

Nesse sentido, o Plenário do STF também concluiu por julgar procedente o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.281, ao analisar a alegação de inconstitucionalidade do Decreto paulista n. 54.177/2009, que alterou o art. 425, inc. I, al. “b”, § 2º e § 3º, do Regulamento ICMS do Estado de São Paulo, aprovado pelo Decreto nº 45.490/2000, para fins de atribuir às distribuidoras a responsabilidade pela recolhimento do ICMS incidente sobre operações relativas à comercialização de energia no Ambiente de Contratação Livre (ACL), já “que os dispositivos impugnados teriam criado espécie de substituição tributária lateral ou atribuído responsabilidade tributária a uma pessoa que está **fora da cadeia econômica** sobre a qual incide o tributo”<sup>7</sup>.

Em decisão mais antiga, o STJ considerou ilegal a responsabilização de administradoras de cartão de crédito quanto ao ISS decorrente dos serviços prestados por empresas filiadas. Alguns argumentos que fundamentaram aquela decisão poderiam ser utilizados para sustentar a ausência de hipótese de responsabilização das plataformas

pelo ICMS eventualmente inadimplido em operações ocorridas em seu mercado virtual.

Naquele caso, ficou definido que a administradora de cartões tão somente estabelece condições para que o pagamento, no caso analisado pelos serviços prestados em relação firmada entre estabelecimento filiado e o usuário do cartão<sup>8</sup>.

Se considerarmos a definição do que é o mercado “físico” tradicional, como sendo local físico aberto disponibilizado para agentes terceiros para a realização de compra e venda de mercadorias, é fácil identificar a ausência de conexão daquele que gerencia ou proporciona tal local físico com o fato gerador do ICMS. Que está evidentemente restrito aos agentes que efetivamente realizam as operações de compra e venda de mercadorias e serviços em tal espaço físico.

Seria como tentar responsabilizar os proprietários de Shopping Centers ou qualquer entreposto de compra e venda, por irregularidades no recolhimento do ICMS eventualmente devido em transações comerciais ocorridas e realizadas pelos lojistas em suas dependências físicas.

Basta substituir o ambiente físico pelo espaço virtual/digital e a responsabilização pela ausência de recolhimento ou de emissão de documentos fiscais por parte do vendedor/usuário daquela plataforma continua sem qualquer fundamento legal ou mesmo lógico. Trata-se de instituição de responsabilização que esvazia, como bem alertado pela doutrina, o desenho das limitações constitucionais ao poder de tributar<sup>9</sup>.

Sob outro ângulo, analisando matéria atinente aos direitos do consumidor, o STJ considerou que empresa de intermediação de vendas em ambiente virtual não participa da relação jurídica firmada entre o vendedor do produto e o cliente final, cuja reponsabilidade encontra limite nas disposições Lei 12.965/2014<sup>10</sup> (Marco Civil da Internet), exclusivamente no que concerne à atividade de intermediação.

Assim, segundo o STJ “*não se pode impor aos sites de intermediação de venda e compra a prévia fiscalização sobre a origem de todos os produtos anunciados, na medida em que não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado*”, justamente porque a disciplina de sua responsabilidade está prevista no Marco Civil da Internet, o mesmo raciocínio lógico poderia ser feito sobre a vinculação e responsabilização a quem não participa do fato impositivo do ICMS, inclusive sob pena de violar o preceito do artigo 110 do CTN<sup>11</sup>.

<sup>2</sup> (...) Sujeito passivo da obrigação tributária é o devedor, convencionalmente chamado de contribuinte. É a pessoa que, em conformidade com o disposto no artigo 146, III, “b”, da Constituição Federal, em detrimento do próprio patrimônio e em favor do sujeito ativo. (...) Em regra, a pessoa que está em conexão íntima (relação de fato) com o núcleo (aspecto material) da hipótese de incidência. (ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência Tributária. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 77).

<sup>3</sup> Nesse sentido, referindo-se à atribuição passiva indireta, Geraldo Ataliba destaca que “o legislador muitas vezes dispõe que seja aquela pessoa que não corresponde rigorosamente à relação de fato do aspecto material da hipótese de incidência, de modo que, a atribuição passiva decorra, por força de lei, para outra pessoa”. (ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência Tributária. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 80).

<sup>4</sup> Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

<sup>5</sup> (...) Conquanto a expressão “interesse comum” encerre um conceito indeterminado, é mister proceder-se à uma interpretação sistemática das normas tributárias, de modo a alcançar o rito essencial do referido dispositivo legal. Nesse diâmetro, tem-se que o interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato impositivo. Isto porque ferria a lógica jurídico-tributária a integração, no polo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação. (STJ, Recurso Especial nº 884.845/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, 05/02/2009).

<sup>6</sup> O “interesse comum” de que trata o preceito em destaque refere-se às pessoas que se encontram no mesmo polo do contribuinte em relação à situação jurídica ensejadora da exação, no caso, a venda da mercadoria. (STJ, Agravo em Recurso Especial nº 1198146/SP, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, 04/12/2018).

<sup>7</sup> (...) A jurisprudência desta Corte entende que para fins de responsabilidade solidária não basta o interesse econômico entre as empresas, mas, sim, que todas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador. (STJ, Recurso Especial nº 1840320/RS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, 05/02/2020).

<sup>8</sup> DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART. 146, III, DA CF. ART. 124, II, DO CTN. SOCIEDADE DE LIMITADA. ART. 1º DA LEI 8.209/95. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS DEBATES TRIBUTÁRIOS. (...) O preceito do art. 124, II, no sentido de que os solidariamente obrigados “as pessoas expressamente designadas por lei”, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconstruir as regras próprias de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 a 135 do mesmo diploma. (...) O “terceiro” só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que o contrário seja, na própria matéria de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte. (...) STJ, Recurso Extraordinário nº 562.276, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, 03/10/2010.

<sup>9</sup> STJ, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.281, Relatora do acórdão Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, 13/10/2020.

<sup>10</sup> Trecho do voto condutor proferido pelo Ministro Otavio Faria Rocha: “Como visto, a questão posta em debate está em que se define se uma empresa administradora de cartão de crédito está vinculada ao fato gerador do ICMS por meio de prestação de serviço por um estabelecimento que seu filiado a um usuário deste, quando o pagamento tiver sido efetuado com cartão de crédito.

(...) Conforme destacado pelo r. aresto hostilizado, “para que possa ocorrer a transferência para uma terceira pessoa, da responsabilidade pelo pagamento do imposto sobre serviço, é condição indispensável que esta pessoa esteja vinculada ao fato gerador”. Ora, o fato gerador na hipótese dos autos é a prestação do serviço ocorrente entre o estabelecimento filiado e o usuário, como qual nada tem a ver com a administradora do cartão”. (RESP 55346/RJ – Relator Min. Milton Luiz Pereira –), 25/10/1995.

<sup>11</sup> (...) Pudessem o legislador atribuir a pessoa estranha ao fato gerador de um tributo a condição de devedor solidário deste, restaria iminguada a garantia constitucional conferenciada no desenho das limitações constitucionais do Poder de Tributar, ou dito com outras palavras, no desenho das competências tributárias atribuídas às pessoas jurídicas de direito público, as quais são constitucionamente atribuídas parcelas daquele importante Poder do Estado. (MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao Código Tributário Nacional. São Paulo: Atlas, 2004, vol. II, p. 465).

<sup>12</sup> CIVIL E COMERCIAL. COMÉRCIO ELETRÔNICO. SITE VOLTADO PARA A INTERMEDIAÇÃO DE VENDA E COMPRA DE PRODUTOS. VIOLAÇÃO DE MARCA. INEXISTÊNCIA PRINCÍPIO DO EXAURIMENTO DA MARCA. APLICABILIDADE NATUREZA DO SERVIÇO. PROCEDÊNCIA DE CONTEÚDO. PRÉVIA FISCALIZAÇÃO DA ORIGEM DOS PRODUTOS ANUNCIADOS. DESNECESSIDADE RISCO NÃO INERENTE AO MERCADO CIENTÍFICO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. REMOÇÃO IMEDIATA DO ANÚNCIO. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. (...) (...) O serviço de intermediação virtual de venda e compra de produtos concretiza uma espécie de gestão provedora de conteúdo, pois não há edição, organização ou qualquer outra forma de gerenciamento das informações relativas às mercadorias inseridas pelos usuários. (...) Não se pode impor aos sites de intermediação de venda e compra a prévia fiscalização sobre a origem de todos os produtos anunciados, na medida em que não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado. (...) (STJ, Recurso Especial nº 138354/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, 12/08/2019).

<sup>13</sup> Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito público, utilizados, expressos ou implícitamente, pela Constituição Federal, pelas constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.



# Responsabilização de plataformas digitais pelo recolhimento do ICMS

## 2 Principais pontos de reflexão

### b) A Capacidade Colaborativa

Há limites na criação de obrigações acessórias para os contribuintes, em especial no que se refere à transferência do trabalho de fiscalização de terceiros a determinados contribuintes. Trata-se de balizamento que limita exigências excessivas de colaboração feitas por parte do poder público, em especial a instituição de obrigações acessórias demasiadamente onerosas operacionalmente para o contribuinte.

Tal balizamento, segundo a lição do Professor e Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região Leandro Paulsen, “constitui critério para a validação constitucional das obrigações acessórias e de terceiros, provendo instrumentos para o seu controle”.

Ainda segundo Paulsen, “por maior que seja a capacidade colaborativa de uma pessoa, não pode ser exigida colaboração exagerada consubstanciada em obrigações múltiplas, complexas e sobrepostas. Ademais, a colaboração não pode pressupor recursos materiais e humanos demasiadamente onerosos. Essas obrigações esbarrariam na vedação do excesso. Isso porque a coordenação dos interesses do Fisco com as liberdades das pessoas se impõe para a preservação dos diversos valores consagrados constitucionalmente.”

Assim, a obrigação de entrega da DIMP seria constitucionalmente questionável, em razão de violação de tal limitação da capacidade colaborativa, por imprimir aos contribuintes obrigação operacionalmente onerosa e complexa.

Atualmente, há notícias de que várias empresas administradoras de plataforma digitais foram obrigadas a destacar equipes inteiras para coletar informações que pudessem atender àquilo exigido na DIMP. E sempre correndo o risco de questionamentos, dada a complexidade e quantidade de informações exigidas (dentro de um universo de milhares de operações ocorridas dentro dos ambientes/plataformas digitais).

### c) Proporcionalidade

A obrigação de entrega da DIMP, bem como a aplicação de penalidades por descumprimento / cumprimento parcial de obrigação acessória, poderiam ser consideradas como violadoras do princípio constitucional da proporcionalidade. Recorde-se que, para se verificar se houve violação ao postulado da proporcionalidade, é necessário atender a três elementos essenciais: *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*. Adequação é a relação de compatibilidade entre a medida eleita e o fim almejado (o meio a ser adotado promove o fim buscado?). Necessidade trata da verificação se o meio escolhido é o melhor para promover o fim perseguido, em comparação a outras alternativas, inclusive à manutenção de tudo como está (dentro todos os meios, é aquele que menos restringe direitos, ou menos danoso?). E a proporcionalidade em sentido estrito, a relação balanceada entre a intervenção na vida ocasionada pelo meio escolhido e o resultado obtido (o meio escolhido provoca mais desvantagens e transtornos do que vantagens?).

Quanto à obrigação de entrega da DIMP, verifica-se que não haveria proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, é medida desproporcional a intervenção ocasionada aos contribuintes (pois trata-se de obrigação acessória excessivamente onerosa). Não há também necessidade, pois o cumprimento da obrigação acessória consistiria na entrega de uma infinidade de informações fornecidas ao fisco e que serão, muitas vezes, inúteis (principalmente no que se refere às atividades de intermediação de serviços).

É importante ressaltar que o STF já decidiu que há limites na obrigação de cooperar com o fisco, com base no princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, no acórdão do Recurso Extraordinário nº 603.191-MT, decidiu que a cooperação deveria respeitar o princípio da proporcionalidade, não sendo possível que o Fisco imponha deveres inviáveis, onerosos e desnecessários aos contribuintes. Este caso, como já mencionado, não está relacionado à DIMP, mas a mesma lógica parece ser aplicável à DIMP. A DIMP é uma obrigação extremamente onerosa.

Também será preciso analisar as penalidades aplicadas pelo Fisco, caso a caso. No entanto, sendo as penalidades desproporcionais, também seria possível alegar violação ao princípio da proporcionalidade, em especial a proporcionalidade em sentido estrito.

Em resumo, não há relação de compatibilidade entre a medida (entrega de informações) e o fim almejado (fiscalização do ICMS, especialmente para aquelas plataformas de intermediação de serviços), portanto não há adequação. O meio escolhido não é o melhor para promover o fim perseguido (não é aquele que menos restringe direitos ou menos danoso), assim não temos *necessidade*. E claramente não há relação balanceada entre a intervenção na vida das empresas ocasionada pelo meio escolhido e o resultado obtido (o meio escolhido provoca mais desvantagens e transtornos do que vantagens), portanto não temos a *proporcionalidade em sentido estrito*.

### d) Penalização de pessoa jurídica que não é contribuinte do ICMS – Interpretação favorável ao acusado (artigo 112 do CTN)

É possível que a materialização de penalidades, estabelecidas na legislação tributária estadual, sejam legalmente dirigidas somente a contribuintes do imposto. Sendo este o caso, seria possível alegar que as penalidades não seriam aplicáveis às plataformas de intermediação, na medida em que não são contribuintes do ICMS.

Ademais, seria possível utilizar como fundamento de defesa o artigo 112 do Código Tributário Nacional, que estabelece que “lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado”. Não há dúvidas que plataformas de intermediação (prestadoras de serviços, portanto) sequer são contribuintes do ICMS e, em muitos casos, sequer intermediam operações sujeitas ao imposto.

### e) Plataformas de intermediação de serviços (que não são fato gerador do ICMS).

Além dos argumentos até aqui já expostos, destaca-se que, quanto às plataformas de intermediação de serviços (transporte individual privado, por exemplo), não haveria sequer legitimidade do fisco estadual para solicitar informações sobre operações sobre as quais não incide ICMS. Não há sequer interesse jurídico em tal solicitação, na medida em que se trata de operações que não são sujeitas a nenhum imposto de competência estadual.

## 3 Conclusões

Tendo em vista todo o exposto, pode-se concluir que:

(i) são diversas (e antigas) as medidas para responsabilização de plataformas de tecnologia de intermediação, pelo ICMS eventualmente devido pelos seus usuários (que efetivamente realizam as operações comerciais). E, desde 2020, tal movimento se consolidou na forma do Convênio ICMS CONFAZ nº 71/2020, instituindo a obrigação de entrega de informações da DIMP pelas empresas que proporcionem intermediação de compra e venda e serviços;

(ii) não cumprir a obrigação de entrega da DIMP poderá levar à fiscalização e questionamentos pelas Fazendas Estaduais, inclusive com a responsabilização pelo ICMS que deveria ter sido recolhido nas operações intermediárias;

(iii) tal obrigação é juridicamente discutível. Há elementos para sustentar que a DIMP pode ser considerada ilegal, com base em precedentes julgados pelo STF e STJ, relativos a outras questões que tenham relação com obrigações acessórias; e

(iv) os principais pontos de reflexão apresentados passam pela análise da conexão da atividade das plataformas com o fato gerador do ICMS; dos limites da capacidade colaborativa; do exame da proporcionalidade da medida; do exame da penalização de pessoa jurídica que não é contribuinte do ICMS; e da aplicação da responsabilização de plataformas de intermediação de “serviços” (que sequer constituem fato gerador do ICMS).



# Tributação de plataformas digitais de streaming

Por Bruna Almeida Santos, advogada de Souto Correa na área de Tributário



# Tributação de plataformas digitais de streaming

## 1 Introdução

Com o objetivo de enquadrar novas tecnologias no campo abrangido pela tributação, houve, com o advento da Lei Complementar nº 157/2016, a inclusão da atividade de transmissão contínua, sem cessão definitiva, de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto, por meio da internet, por plataformas digitais na modalidade *on demand* e *live* – também chamada pelo anglicismo *streaming* –, ao rol dos serviços tributados pelo Imposto de Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) sob o nº 1.09 da Lista<sup>1</sup>, alcançando, assim, uma série de empresas dos mais diversos ramos do entretenimento.

Como se sabe, o *streaming on demand* tem como finalidade a distribuição de conteúdo digital, áudio e/ou vídeo, por meio da internet, utilizando-se de um armazenamento temporário (“*buffer*”) do cachê no servidor, sem a necessidade de ocupar o disco rígido do computador e de realizar o download do arquivo, para que sejam repassados e recebidos os dados ao consumidor final, conforme definido pela Oficina de Rádio do Núcleo de Comunicação e Educação (NCE) da Universidade de São Paulo<sup>2</sup>. Atualmente, existem vários exemplos de empresas que se utilizam dessa modalidade no mercado, como a Netflix, o Spotify, o Google Play, a Net Now, as plataformas de videoaulas de Ensino à Distância (EAD) oferecidas por universidades e cursos técnicos, entre outros.

Já o *live streaming* pode ser definido como a transmissão, em tempo real, de conteúdo audiovisual. Este tipo de mecanismo pode ser amplamente visualizado em redes sociais, como o Facebook e o Instagram, bem como em formas de divulgação ao vivo de eventos esportivos, premiações e palestras.

Todavia, após a referida inovação legislativa, surgiram diversos questionamentos acerca da constitucionalidade e legalidade do enquadramento do *streaming* como serviço tributável pelo ISS, tendo em vista o (i.) seu descasamento com o conceito civilista de serviço até então utilizado pela jurisprudência pacífica das Cortes Superiores, além (ii.) dos inúmeros desafios técnicos para a correta identificação do local de ocorrência do fato gerador e do sujeito passivo da obrigação tributária, diante da crescente desmaterialização da prestação de serviços e da consequente ruptura da estrutura tradicional utilizada pelo legislador para definir a regra-matriz de incidência do referido imposto. Veja a seguir um breve resumo sobre os principais pontos de controvérsia sobre o tema.

## 2 O conceito jurídico de serviço e o enquadramento do streaming nesta qualificação: Legislação e Jurisprudência

De acordo com o artigo 594 do Código Civil<sup>3</sup>, entende-se como prestação de serviço o negócio jurídico realizado entre prestador e tomador, na qual o primeiro se obriga a realizar uma atividade material ou imaterial, lícita, por meio de esforço humano e mediante remuneração, adimplindo-se, desta forma, uma obrigação de fazer (atividade) em troca de uma obrigação de dar (dinheiro).

Ao analisar a natureza jurídica do *streaming*, pode-se chegar à conclusão de que a disponibilização do conteúdo de mídia audiovisual aos assinantes possui aspectos similares às obrigações de dar coisa incerta e não de fazer.

A coisa certa pode ser individualizada por gênero, espécie, qualidade e quantidade, tendo a natureza de um intangível, na medida em que o devedor não tem a faculdade de entregar ao credor coisa diversa daquela prevista contratualmente, ainda que o objeto seja mais valioso, conforme determina o artigo 313 do Código Civil<sup>4</sup>. Por outro lado, o artigo 243 do referido Código<sup>5</sup> estabelece que a coisa incerta poderá ser compreendida, ao menos, por gênero e quantidade, como é o caso do objeto comercializado pela maioria das plataformas digitais de *streaming*,

que dispõem de catálogos de filmes, séries, documentários, músicas, podcasts, vídeos caseiros, entre outros, selecionados por gênero e limitados à quantidade disponibilizada na plataforma, que poderá ser modificada de tempos em tempos, não possuindo um serviço personalizado de busca instantânea de conteúdos ao bel prazer do contratante. Por essa razão, define-se a coisa incerta como indeterminada e fungível, sendo estipulada também como obrigação genérica.

Partindo dessa premissa, sabe-se que o artigo 110 do Código Tributário Nacional<sup>6</sup> dispõe, expressamente, que os institutos e conceitos de normas privadas utilizados não podem ser modificados pela lei tributária. Tal dispositivo não apresenta qualquer ressalva quanto às normas interpretativas de hermenêutica constitucional, conforme alega a Corte Suprema, gerando dúvidas, por conseguinte, acerca da legalidade da referida extensão do conceito de serviço.

O legislador, ao efetuar a inclusão de atividades que **somente** possuem a natureza de obrigação de dar – e não obrigações de fazer ou mistas – como serviços na Lista do ISS, desconsidera os posicionamentos consolidados do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Há muito, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 317, por meio da qual foi consolidada e pacificada a inconstitucionalidade da incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações relativas à locação de bens móveis (i.e. naquele caso, guindastes<sup>8</sup>), em razão, única e exclusivamente, da sua natureza jurídica de obrigação de dar.

Há quem diga que a referida interpretação foi, de certa forma, superada, considerando que, em sede de julgamento do Recurso Extraordinário nº 651.703/PR, ao se discutir a incidência de ISS sobre os planos de saúde, o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que o conceito de serviço está “relacionado ao oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades materiais ou imateriais, prestadas com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador”.

No entanto, o conceito de serviço-utilidade utilizado em algumas oportunidades pela Corte Suprema, embora tenha sido acobertado por uma roupagem inovadora, ainda permanece atrelado a uma atividade, que pressupõe um fazer e não à mera circulação de mercadorias sem cessão definitiva. Veja que o Ministro indica que a atividade *pode estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador*, no entanto, “a entrega da coisa” para o *streaming* não está conjugada a uma atividade, na medida em que ela é a própria operação.

Por fim, vale mencionar o recente julgamento do RE 688.223 pelo STF, tema de repercussão geral 590, no qual prevaleceu o entendimento pela incidência de ISS nas operações de licenciamento ou cessão de direito de uso de *software*. Contudo, tais razões de decidir, a nosso ver, não se aplicam ao *streaming*, já que nesse caso o objeto do contrato firmado entre as partes não envolve o uso de programas de computação criados para clientes de forma personalizada e/ou padronizada, mas sim o mero acesso ao conteúdo audiovisual disponibilizado em âmbito virtual por meio de uma plataforma e protegido por direito autoral, segredo comercial e outras leis e tratados de propriedade intelectual. A plataforma digital é um meio, como se fosse a vitrine da empresa, e não a finalidade ou o próprio objeto a ser prestado.

<sup>1</sup> 1.09 – Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS).

<sup>2</sup> STREAMING. Oficina de Rádio do Núcleo de Comunicação e Educação (NCE) da Universidade de São Paulo. Disponível em: <[http://www.usp.br/nce/midiasnaeducacao/oficina\\_radio/streaming.htm](http://www.usp.br/nce/midiasnaeducacao/oficina_radio/streaming.htm)>

<sup>3</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Acesso em: 20 de outubro de 2019. “Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.”

<sup>4</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Acesso em: 20 de outubro de 2019. Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.

<sup>5</sup> Ibid. Art. 243. A coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Institui o Código Tributário Nacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 27 out. 1966. Acesso em: 11 de outubro 2019. “Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 31: “É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis.”

<sup>8</sup> Cf. RE n. 116.121/SP, rel. p. acórdão min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 25.05.2001.



# Tributação de plataformas digitais de streaming

## 3 As dificuldades na determinação do local de ocorrência do fato gerador

Além das dificuldades acima, verifica-se que a Lei Complementar nº 116/2003, em seu artigo 3º, reforçou que o critério para determinação do local da ocorrência do fato gerador é o local do estabelecimento prestador, havendo algumas exceções em que o imposto será devido no local onde foram prestados os serviços, dentre as quais o *streaming* não está inserido.

Assim, havendo estabelecimento da empresa de *streaming* no Brasil, o ISS deve ser recolhido para o município em que localizado tal estabelecimento, embora se saiba que o seu conteúdo pode ser transmitido de qualquer lugar do mundo em que estejam conectados os provedores das companhias, de forma que o estabelecimento situado no Brasil nem precisaria possuir qualquer vínculo com a ocorrência do fato gerador do imposto, caso não seja o ponto de origem da transmissão do conteúdo, em violação ao artigo 4º da Lei Complementar nº 116/03<sup>9</sup>.

Isso, pois, por definição legal, entende-se como estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolve a prestação de serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional.

Feitas tais considerações, um problema ainda mais alarmante é quando a empresa sequer possui estabelecimento no Brasil, aplicando-se a cobrança do ISS na modalidade importação para atribuir a responsabilidade pelo pagamento do tributo aos contratantes, que são, em sua grande maioria, pessoas físicas, nos termos do artigo 6º, §2º, inciso I da Lei Complementar nº 116/03<sup>10</sup>.

Porém, sabe-se que muitos entes federados municipais não dispõem dos mecanismos próprios hábeis a identificar o momento em que ocorre a transmissão de dados via *streaming* para um usuário localizado dentro de seus respectivos territórios, muito menos a origem do provedor de tais serviços.

Ademais, para que seja possível a identificação dos consumidores para fins de responsabilização tributária, os Municípios penderiam do auxílio a ser promovido pelas próprias companhias de *streaming*, fazendo-se necessária a regulamentação de uma série de obrigações tributárias acessórias para o ramo, o que acarretaria o aumento dos custos operacionais da empresa, encarecendo o preço cobrado do consumidor e podendo violar, ainda, o direito ao sigilo de dados dos assinantes, conforme explicitado pela doutrina pátria<sup>11</sup>.

Há também a possibilidade de atribuir a responsabilidade pelo recolhimento do imposto a pessoas jurídicas que detêm os meios de pagamento ao prestador de serviços, como operadoras de cartão de crédito, na medida em que o vínculo jurídico se mostra presente, considerando que o intermediário financeiro paga o prestador de serviço por conta e ordem do tomador, sendo atendidos os limites à substituição tributária<sup>12</sup>.

Porém, ainda assim, haveria dificuldades técnicas para as administradoras de cartão de crédito recolherem o ISS para todos os municípios da Federação reconhecida, até mesmo, pelo Min. Alexandre de Moraes, quando concedeu a medida cautelar pleiteada na ADI n. 5.835/DF suspendendo a eficácia do inciso XXIV do artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003<sup>13</sup>.

## 4 Conclusões

Ante tamanha complexidade de arrecadação tributária sobre o *streaming*, apreende-se que o legislador e a jurisprudência não trouxeram à baila as definições e os procedimentos capazes de assegurar a sua cobrança pelo ISS, dando margem a questionamentos e interpretações divergentes, em clara afronta aos princípios constitucionais da segurança jurídica e estrita legalidade, norteadores do Direito Tributário.



<sup>9</sup> BRASIL. Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Acesso em 30 de setembro de 2019.  
Art. 4º - Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

<sup>10</sup> Art. 6º Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais. [...] § 2º Sem prejuízo do disposto no caput e no § 1º deste artigo, são responsáveis: I - o tomador ou intermediário de serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País.

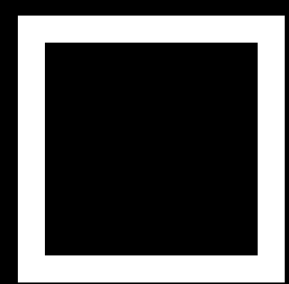
<sup>11</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. ; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Tributação da atividade de armazenamento digital de dados. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Régo, (Org.). Tributação da economia digital. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 556-569.

<sup>12</sup> (RE n. 603.191/MT, rel. min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 05.09.2011).

<sup>13</sup> Art. 3º O serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local: [...] XXIV - do domicílio do tomador do serviço no caso dos serviços prestados pelas administradoras de cartão de crédito ou débito e demais descritos no subitem 15.01.



Conteúdo e organização:



**S O U T O**  
**C O R R E I A**  
A D V O G A D O S

Diagramação e design:

**PINAK**