II CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

RELAÇÕES DE TRABALHO E TECNOLOGIA

R382
Relações de Trabalho e Tecnologia [Recurso eletrônico on-line] organização Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial: Skema Business School – Belo Horizonte;

Coordenadores: Ana Carolina Reis Paes Leme; Leonardo Vieira Wandelli; Rômulo Soares Valentini. – Belo Horizonte:Skema Business School, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-271-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br
Tema: Um olhar do Direito sobre a Tecnologia

1. Direito. 2. Inteligência Artificial. 3. Tecnologia. II. Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial (1:2021 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

II CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

RELAÇÕES DE TRABALHO E TECNOLOGIA

Apresentação

Renovando o compromisso assumido com os pesquisadores de Direito e tecnologia do Brasil, é com grande satisfação que a SKEMA Business School e o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito apresentam à comunidade científica os 12 livros produzidos a partir dos Grupos de Trabalho do II Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial (II CIDIA). As discussões ocorreram em ambiente virtual ao longo dos dias 27 e 28 de maio de 2021, dentro da programação que contou com grandes nomes nacionais e internacionais da área em cinco painéis temáticos e o SKEMA Dialogue, além de 354 inscritos no total. Continuamos a promover aquele que é, pelo segundo ano, o maior evento científico de Direito e Tecnologia do Brasil.

Trata-se de coletânea composta pelos 255 trabalhos aprovados e que atingiram nota mínima de aprovação, sendo que também foram submetidos ao processo denominado double blind peer review (dupla avaliação cega por pares) dentro da plataforma PublicaDireito, que é mantida pelo CONPEDI. Os oito Grupos de Trabalho originais, diante da grande demanda, se transformaram em doze e contaram com a participação de pesquisadores de vinte e um Estados da federação brasileira e do Distrito Federal. São cerca de 1.700 páginas de produção científica relacionadas ao que há de mais novo e relevante em termos de discussão acadêmica sobre a relação da inteligência artificial e da tecnologia com os temas acesso à justiça, Direitos Humanos, proteção de dados, relações de trabalho, Administração Pública, meio ambiente, formas de solução de conflitos, Direito Penal e responsabilidade civil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de 36 proeminentes professoras e professores ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores. Cada livro desta coletânea foi organizado, preparado e assinado pelos professores que coordenaram cada grupo. Sem dúvida, houve uma troca intensa de saberes e a produção de conhecimento de alto nível foi, mais uma vez, o grande legado do evento.

Neste norte, a coletânea que ora torna-se pública é de inegável valor científico. Pretende-se, com esta publicação, contribuir com a ciência jurídica e fomentar o aprofundamento da relação entre a graduação e a pós-graduação, seguindo as diretrizes oficiais. Fomentou-se, ainda, a formação de novos pesquisadores na seara interdisciplinar entre o Direito e os vários

campos da tecnologia, notadamente o da ciência da informação, haja vista o expressivo número de graduandos que participaram efetivamente, com o devido protagonismo, das atividades.

A SKEMA Business School é entidade francesa sem fins lucrativos, com estrutura multicampi em cinco países de continentes diferentes (França, EUA, China, Brasil e África do Sul) e com três importantes acreditações internacionais (AMBA, EQUIS e AACSB), que demonstram sua vocação para pesquisa de excelência no universo da economia do conhecimento. A SKEMA acredita, mais do que nunca, que um mundo digital necessita de uma abordagem transdisciplinar.

Agradecemos a participação de todos neste grandioso evento e convidamos a comunidade científica a conhecer nossos projetos no campo do Direito e da tecnologia. Já está em funcionamento o projeto Nanodegrees, um conjunto de cursos práticos e avançados, de curta duração, acessíveis aos estudantes tanto de graduação, quanto de pós-graduação. Em breve, será lançada a pioneira pós-graduação lato sensu de Direito e Inteligência Artificial, com destacados professores da área. A SKEMA estrutura, ainda, um grupo de pesquisa em Direito e Inteligência Artificial e planeja o lançamento de um periódico científico sobre o tema.

Agradecemos ainda a todas as pesquisadoras e pesquisadores pela inestimável contribuição e desejamos a todos uma ótima e proveitosa leitura!

Belo Horizonte-MG, 09 de junho de 2021.

Profª. Drª. Geneviève Daniele Lucienne Dutrait Poulingue

Reitora – SKEMA Business School - Campus Belo Horizonte

Prof. Dr. Edgar Gastón Jacobs Flores Filho

Coordenador dos Projetos de Direito da SKEMA Business School

A CONSTITUCIONALIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO DAS PLATAFORMAS DE MARKETPLACE NO RECOLHIMENTO DE ICMS

THE CONSTITUCIONALITY OF THE ACCOUNTABILITY OF MARKETPLACE PLATAFORMS IN THE COLLECTION OF ICMS

Arthur Bernardo Cunha e Silva [1]

Resumo

Essa pesquisa examina a constitucionalidade da responsabilização das plataformas de marketplace no recolhimento do ICMS feitas por algumas legislações ordinárias. Discute-se o fato dessas plataformas serem meras intermediadores de um processo de compra e venda e se isso é suficiente para responsabiliza-las pela coleta do referido imposto em análise. Ademais, o presente trabalho também traz uma investigação jurisprudencial e de lei complementar. A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. Quanto à investigação, pertence à classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), o tipo jurídico-projeto. Predominará o raciocínio dialético.

Palavras-chave: Marketplace, Icms, Constitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This research examines the constitutionality of the accountability of marketplace in the collections of ICMS made by some ordinary laws. It discusses the fact these plataforms are mere meadiators of a buying and selling process and whether this is sufficient to hold them responsible for the collection of said tax under analiysis. Futhermore, tis paper also brings a jurisprudential and complementary law investigation. This research that is proposed belongs to the legal-sociological methodological aspect. As for the investigation, it belongs to the classification of Gustin, Dias and Nicácio (2020), the legal-project type. Dialectical reasoning will prevail

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Marketplace, Icms, Constitutionality

[1] Graduando em Direito, na modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente pesquisa analisa a constitucionalidade da atribuição da responsabilidade tributária no recolhimento de ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) pelas plataformas de *marketplace*. No último ano, algumas unidades federativas sancionaram leis que, de alguma forma, colocavam tais intermediadores como responsáveis pelo referido imposto. Obrigação atribuída pelo simples fato da *marketplace* ser uma intermediadora ou pelo fato do *seller* não emitir documento fiscal ou pela não prestação de informação pelas plataformas.

Hart, filósofo do Direito do século XX, afirmava que as normas deixam uma textura aberta passível de regulamentação por uma lei de escalão inferior e de interpretação pelo judiciário, o qual cria e diz o que é Direito com base nos limites estabelecidos. Entretanto, questiona-se, o que fazer quando o legislativo ordinário ultrapassa os limites da Constituição? A resposta é simples, o supremo tribunal deve declará-la inconstitucional. Nesse sentido, cabe a ciência do Direito analisar essas denúncias de desrespeito a norma máxima e fornecer instrumentos para o judiciário e é isso que a presente pesquisa pretende fazer.

Tendo em vista que as *marketplaces* são meras intermediadoras, cabe investigar o art. 146, inciso III, alínea ‘b’ da CR/88, o qual dispõe sobre a matéria da obrigação tributária, dizendo que cabe a legislação complementar dispor sobre. Assim, consequentemente, é necessário analisar a segurança jurídica disposta de forma expressa no art. 5 *caput* da Constituição, que “exige a previsibilidade dos efeitos jurídicos que serão aplicados à conduta do particular” (BARRETO, 2020, p.4), isso porque entende-se que apenas a lei complementar pode instituir casos de responsabilidade tributária. Outrossim, cabe verificar o art. 145, §1º do mesmo texto legal com o objetivo de explicar que o inadimplemento dos usuários das plataformas de *marketplace* não é condição suficiente para atribuir-lhe o dever de recolher ICMS, uma vez que ela é mera intermediadora e não possui capacidade e meios para acessar a riqueza do inadimplente.

A pesquisa que se propõe, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), pertence à vertente metodológica jurídico-social. No tocante ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa foi predominantemente dialético e quanto ao gênero de pesquisa, foi adotada a pesquisa teórica. Logo, o objetivo é verificar a constitucionalidade da responsabilização das plataformas de *marketplace* no recolhimento do ICMS em duas hipóteses: a) com vistas a segurança jurídica; b) transferência da responsabilidade para o intermediador.

2. DA SEGURANÇA JURÍDICA

A Constituição ocupa o topo normativo do ordenamento jurídico, dessa forma, de acordo com as regras da hierarquia, tudo que vem abaixo dela deve estar, em suma, de acordo com seu texto legal. Nesse sentido, o art. 146, alínea 'b' da CR/88 aponta que compete a legislação complementar dispor sobre responsabilidade tributária, sendo, portanto, inconstitucional falar em lei ordinária como agente atribuinte de tal obrigação.

Desse modo, essas legislações recentes que, de alguma forma, buscam responsabilizar as plataformas de *marketplaces* para o recolhimento de ICMS, estão ferindo a ordem constitucional, pois estão atribuindo uma responsabilidade tributária da qual não são competentes para tal. Nessa linha, além do desrespeito com a norma supracitada, esse ato também fere o princípio da segurança jurídica que está disposto de forma expressa no art. 5º *caput* e de forma implícita em outros dispositivos da Constituição. De acordo com José Afonso da Silva (2006, p. 133), o princípio em questão é a garantia dos indivíduos de conhecerem antecipadamente as consequências de seus atos, uma condição que assegura ao indivíduo que a regra daquela norma irá se perdurar até que seja substituída. Logo, é possível afirmar que a responsabilização tributária tratada nessa pesquisa fere o princípio em questão, porque houve uma quebra de expectativa por parte das plataformas de *marketplaces* que não contavam com a instituição dessa obrigação.

Ademais, é importante destacar o argumento em comum de todas essas novas legislações que possuem algumas diferenças, mas a finalidade, de alguma forma, é a mesma. O principal ponto defendido é que esse caminho seria a forma mais fácil de combater a sonegação de impostos que tanto aflige os cofres brasileiro. A ideia abordada realmente é nobre e merece uma atenção para a resolução do problema, entretanto, acredita-se que a solução não está em desrespeitar a Constituição e atribuir de forma errônea a responsabilidade de recolhimento do ICMS pelas *marketplaces*.

A solução defendida está de acordo com a portaria CAT 156 de São Paulo, a qual, de acordo com José Aparecido dos Santos, diretor jurídico da Magalu (DOOTAX, 2020), consiste no fornecimento do *seller* e do valor de suas operações para o fisco e partir daí a autoridade fazendária pode conferir os dados e de forma segura chegar a sua conclusão quanto a sonegação de impostos. Por exemplo, um *seller* faz uma operação de 100 mil reais no mês através da plataforma, no final de cada mês o *marketplace* oferece ao fisco todas as informações, após isso o órgão público confere os dados, mas acaba observando que o vendedor emitiu nota fiscal de

apenas 80 mil, logo, o mínimo que está acontecendo é sonegação e partir daí pode o poder público tomar as devidas providências. O melhor de todo esse processo é que ele é prático, rápido e barato, pois ocorre de forma online.

3. DA RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA DOS *MARKEPLACES* NO RECOLHIMENTO DO ICMS

O Código Tributário Nacional é uma lei complementar sancionada para regular sobre a matéria tributarista nos moldes estabelecidos pela Constituição. Nesse ponto, pode-se dizer que para responsabilizar um terceiro pelos tributos, especialmente pelo ICMS, aquele tem que possuir a condição de acessar a riqueza exprimida na operação e poder exercer o direito de retenção (art. 145, § 1º, CR/88).

Paulo Barreto (2020, p.4) confirma esse primeiro ponto ao dizer que a "a capacidade contributiva exige que o sujeito passivo da obrigação tributária exprima riqueza própria na realização do fato gerador, [...] ou, pelo menos, tenha condições de acessar a riqueza [...] exprimida na operação, por meio do exercício do direito de retenção". Logo, é possível apontar que as *marketplaces* não possuem capacidade contributiva, uma vez que são meros intermediadores, apenas facilitadores de um processo de compra e venda. Essas plataformas são uma espécie de shopping online e, assim como um shopping convencional, elas não têm acesso a riqueza de suas lojas ou direito de retenção do patrimônio ali negociado, possuindo, apenas, o direito de receber o aluguel de seu espaço.

Além da não capacidade contributiva é interessante analisar mais a fundo o fato de que as *marketplaces* são intermediadoras e não possuem relação com o fato gerador e não estabelecem nenhuma relação com a negociação, isto é, não participam das tratativas do negócio, o qual é fechado sem sua interferência. Assim, deve ser exonerado do recolhimento dos impostos de ICMS, como bem explicar o Dr. Aldo de Paula Jr. (DOOTAX, 2020), "O terceiro só poderia ser colocado na situação de sujeito passivo se ele tivesse alguma relação com o fato gerador que lhe permitisse, exatamente, fazer essa repercussão jurídica". Ou seja, o terceiro somente pode ser responsabilizado tributariamente pelo negócio quando ele possuir relação direta com a obrigação que ali está sendo estabelecida, o que não acontece com o objeto em investigação. Nesse mesmo raciocínio, o art. 128 do CTN confirma a ideia ao ser expresso em dizer que o terceiro em questão deve, necessariamente, estar vinculado com o fato gerador da obrigação.

Citado anteriormente, Hart, filósofo do Direito do século XX, defendia que as decisões do Supremo Tribunal têm efeito vinculante e são válidas até que sejam alteradas pelo legislativo, e sobre essa nova lei, o tribunal novamente terá a palavra final (p.187 e 188). Nesse caminho, afim de comprovar a tese defendida, a pesquisa traz em questão o Recurso Extraordinário (RE) 562.276/PR (BRASIL, RE 562.276/PR, 2010), nele a Ministra do STF Ellen Gracie foi expressa ao dizer que quando criar novos casos de responsabilidade tributária deve-se observar os requisitos exigidos pelo art. 128. Ou seja, se a *marketplaces* são apenas intermediadoras, apenas alugam seu espaço virtual para lojas venderem seus produtos e aquelas não participam das obrigações ali realizadas, não devem ser responsabilizadas por tais tratativas. Ademais, a Ministra descarta a hipótese de responsabilizar essas plataformas no recolhimento do ICMS no caso inadimplemento do contribuinte ao afirmar que o terceiro, para ser obrigado, deve ter contribuído para o inadimplemento do devedor e, uma vez que as *marketplaces* não atuam nas tratativas dos negócios não há o que se discutir na hipótese apresentada.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, verifica-se que, a responsabilização das plataformas de *marketplaces* no recolhimento do ICMS por legislações ordinárias ultrapassam os limites constitucionais e ferem o princípio da segurança jurídica. Outrossim, foi possível verificar que tal intenção não é admitida nem pelo Supremo Tribunal e, assim, à luz de Hart, confirma-se que aquelas leis são desarmônicas com o nosso ordenamento.

Não obstante, o que deu resultado a todas essas tratativas infraconstitucionais foram as excessivas sonegações de impostos. Entretanto, a saída não está no desrespeito ao entendimento do Supremo Tribunal, ou na contradição com as normas constitucionais e complementares. Aliás essa responsabilização seria uma penalização para as *marketplaces* que vem se mostrando mais necessárias nesse momento de pandemia, além de serem o futuro.

O problema desenvolvido nessa pesquisa mostra quanto o e-commerce carece de uma legislação, especialmente tributária. O futuro bate na porta e o ordenamento deve acompanhar esses tempos líquidos que se transformam de forma cada vez mais rápida. Assim, a resolução para o problema da sonegação, hoje, é adotar algo semelhante a portaria CAT 156 de São Paulo. Outrossim, não cabe responsabilização, em nenhuma hipótese, das plataformas de *marketplaces* no recolhimento do ICMS.

5. REFERÊNCIAS:

BARRETO, Paulo Ayres. Limites normativos à responsabilidade tributária dos operadores de marketplace. *Revista Direito Tributário Atual*, n.45. p. 625-650. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020

BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: *Presidência da República*, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 abr. 2021

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 25 out 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 28 de abr. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 562.275/PR*. Lei 8.620/93 da União. Responsabilidade Tributária, Normas Gerais de Direto Tributário. Inconstitucionalidades formal e Material. Repercussão Geral. Aplicação da decisão pelos demais tribunais. Relatora: Min. Ellen Gracie, 03 nov. 2010. Brasília: STF, 2021. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618883. Acesso em: 27 abr. 2021

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5ª. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HART, Hebert Lionel Adolphus. *Conceito de Direito.*

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006

WEBINAR 5: Novo ICMS-ST para Marketplace. Rio de Janeiro: 2020. 1 vídeo (1 hora e 22 min.). Publicado por: Dootax. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=zgvUvqusCYg&lc=UgwV80SKgKHDRv26a8J4AaABAg Acesso em: 30 de abr. de 2021.

.