

“Você não tem o controle”: a Lei Complementar 157/2016 e a Netflix no Brasil

“You don’t have the control”: the Complementary Law 157/2016 and Netflix in Brazil

Diego Santos Vieira de Jesus(1); Daniel Kamlot(2); Henrique de Oliveira Santos Vieira de Jesus(3)

1 Doutor em Relações Internacionais pela PUC-Rio e professor e pesquisador do Programa de Mestrado Profissional em Gestão da Economia Criativa da ESPM-Rio.

E-mail: dvieira@espm.br | ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6114-7266>

2 Doutor em Administração de Empresas pela EBAPE/FGV e professor e pesquisador do Programa de Mestrado Profissional em Gestão da Economia Criativa da ESPM-Rio.

E-mail: danielkamlot@hotmail.com | ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6976-6333>

3 Bacharel em Direito pela UERJ, Especialista Pós-Graduado em Direito Administrativo pela FIJ e Assistente em Administração da UFRJ.

E-mail: oliveirahenrique2005@gmail.com | ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5159-6420>

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 15, n. 3, p. , Setembro-Dezembro, 2019 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: Julho 11, 2017; Accepted/Aceito: Outubro 22, 2019]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i3.2035>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

Resumo

Os objetivos deste estudo são debater a constitucionalidade da Lei Complementar 157/2016 e examinar seus possíveis impactos para a Netflix no Brasil. O argumento central aponta que a Lei é inconstitucional, pois, já que o *streaming* é um mecanismo de distribuição de dados por meio de pacotes, as informações distribuídas não são armazenadas pelo usuário que recebe a mídia a ser reproduzida. Nesse sentido, ele não configura um serviço enquanto obrigação de fazer de natureza física ou intelectual. De acordo com a Constituição brasileira, os municípios somente teriam o direito de instituir ISS sobre prestações de serviços que caracterizem obrigações de fazer. A sanção da Lei Complementar 157/2016 pode ser prejudicial para a Netflix, haja vista que a empresa trouxe a possibilidade de novos serviços com base na mídia digital e impactou a distribuição – ampliando o acesso global e minimizando custos de transação – e o consumo de bens culturais e criativos no setor audiovisual. Com a possibilidade de que os serviços de *streaming* se tornem mais caros e menos acessíveis – uma vez que a cobrança do ISS sobre a empresa pode acabar aumentando os preços do serviço oferecido por ela para seus clientes –, o consumidor brasileiro pode limitar sua busca por bens e serviços criativos a partir dessas novas formas de distribuição de dados.

Palavras-chave: Lei Complementar 157/2016. Netflix. *Streaming*. Constitucionalidade.

Abstract

The aims of this study are to discuss the constitutionality of Complementary Law 157/2016 and examine its possible impacts to Netflix in Brazil. The central argument points out that the Law is unconstitutional, because, since *streaming* is a mechanism of data distribution through packets, the distributed information is not stored by the user receiving the media to be reproduced. In this sense, it does not constitute a service as an obligation to do of a physical or intellectual nature. According to the Brazilian Constitution, municipalities do not have the right to institute ISS on services that characterize obligations to do. The approval of Complementary Law 157/2016 may be harmful to Netflix, since the company brought the possibility of new services based on digital media and impacted the distribution – expanding global access and minimizing transaction costs – and the consumption of cultural and creative goods in the audio-visual sector. With the possibility that *streaming* services may become more expensive and less accessible – since ISS charging may end up increasing the prices of the service the company offers to its customers - the Brazilian consumer may limit its search for goods and services from these new forms of data distribution.

Keywords: Complementary Law 157/2016. Netflix. *Streaming*. Constitutionality.

1 Introdução

A Lei Complementar 157/2016 foi sancionada com vetos pelo presidente da República Michel Temer em dezembro de 2016. Tal Lei inseriu transformações importantes na cobrança do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), como a fixação de uma alíquota mínima de 2%, o enquadramento de gestores por improbidade administrativa em caso de concessão de benefícios fiscais que não estejam em observância à Lei e a inclusão de serviços, como os de disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet. Dentre esses serviços, cabe destacar os de *streaming* (SANTOS, 2017; ESPÍNDOLA; SEGUNDO, 2018), como os oferecidos pela empresa Netflix. A Lei Complementar 157/2016 altera a Lei Complementar 116/2003 – conhecida como “Lei do ISS” – ao fixar a alíquota mínima de 2% e ampliar a incidência do imposto. Ela também modifica a Lei 8429/92, que regulamenta as categorias de atos ímprobos e se tornou mais conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (SOUZA, 2019); tal modificação prevê uma nova hipótese de ato de improbidade administrativa: a concessão ou a aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (CAVALCANTE, 2016). Espíndola e Segundo (2018) ressaltam, ainda, que a modificação citada indica sanções, de ordem pessoal, que podem vir a possibilitar um tolhimento na concessão de tratamentos diferenciados, no âmbito do ISS.

A decisão da presidência da República de sancionar a Lei Complementar 157/2016 estava relacionada à tentativa de limitação de guerras fiscais, tendo em vista que alguns municípios se configuravam como paraísos fiscais para a atração de empresas a partir da concessão de benefícios, como alíquotas menores que as fixadas na Constituição brasileira. Ao acabar com a autonomia dos municípios para estabelecer suas alíquotas e das empresas que migravam para cidades com isenções e alíquotas menores, a Lei visa a conter disputas fiscais que reduzam a arrecadação de determinados municípios e a auxiliá-los a enfrentar dificuldades financeiras (SANTOS, 2017).

Os objetivos deste estudo são debater a constitucionalidade da Lei Complementar 157/2016 e examinar seus possíveis impactos para a Netflix no Brasil. O argumento central aponta que a Lei é inconstitucional, pois, já que o *streaming* é um mecanismo de distribuição de dados por meio de pacotes, as informações distribuídas não são armazenadas pelo usuário que recebe a mídia a ser reproduzida. Nesse sentido, ele não se configura um serviço enquanto obrigação de *fazer* de natureza física ou intelectual. De acordo com a Constituição brasileira, os municípios somente teriam o direito de instituir ISS sobre prestações de serviços que caracterizem obrigações de *fazer*. A sanção da Lei Complementar 157/2016 pode ser prejudicial para a Netflix. A empresa trouxe a possibilidade de novos serviços com base na mídia digital e impactou a distribuição – ampliando o acesso global e minimizando custos de transação – e o

consumo de bens culturais e criativos no setor audiovisual. Com a possibilidade de que os serviços de *streaming* se tornem mais caros e menos acessíveis – uma vez que a cobrança do ISS sobre a empresa pode acabar aumentando os preços do serviço oferecido por ela para seus clientes –, o consumidor brasileiro pode limitar sua busca por bens e serviços criativos a partir dessas novas formas de distribuição de dados.

2 Fundamentação teórica

O *streaming* insere-se em um contexto no qual as novas tecnologias não somente desenvolveram novos veículos e canais para conteúdos criativos, mas também trouxeram a possibilidade de oferta de serviços baseados em mídias digitais. Os canais alternativos de distribuição gerados minimizaram custos de transação e deram ao consumidor a possibilidade de orientar sua busca por bens e serviços criativos de maneira mais autônoma (REIS, 2008, p.33-34). O uso intensivo de tecnologias de informação e comunicação permitiu também reduzir a concentração das atividades produtivas (BENDASSOLLI et al., 2009, p. 13-14).

As novas tecnologias digitais, por exemplo, baixaram os custos fixos de estocagem e distribuição, possibilitando o surgimento de plataformas potentes na internet. A disponibilização de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto *online* conduziu à popularização dos serviços de *streaming* como Netflix e Spotify, que transmitem conteúdo a assinantes. Esses serviços ofereceram uma solução para crises do setor audiovisual e da indústria fonográfica, respectivamente, mediante a substituição pelo consumo digital (BAKHSHI, 2014, p. 101-108). Além disso, o consumo em novos sistemas de distinção simbólica (BOURDIEU, 1984) tornou o consumidor um ator relevante na geração de valor econômico a partir da construção de suas identidades a partir de bens e serviços facilmente acessados por meio das novas tecnologias de informação e comunicação na economia criativa (BENDASSOLLI et al., 2009, p. 13-14).

Nesse contexto, a cobrança de impostos pode criar obstáculos ao desenvolvimento pleno das empresas que empregam essas novas tecnologias. Caso se aumente a tributação sobre as empresas de *streaming*, pode-se acabar por ampliar os preços dos serviços oferecidos por elas aos seus clientes, de forma que os consumidores, em decorrência, limitem sua busca e seu acesso a bens e serviços criativos.

3 Considerações metodológicas

Em termos da coleta de dados, inicialmente foi conduzida uma pesquisa bibliográfica a fim de reunir informações relacionadas a aspectos teóricos e conceituais ligados ao desenvolvimento das novas tecnologias de disponibilização de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, com foco no *streaming*. Logo

após, realizou-se uma pesquisa documental, na qual foram consideradas as Leis Complementares 116/2003 e 157/2016, a Lei 8429/92 e a Emenda Constitucional 37/2002, sobre a qual se versará mais detalhadamente adiante. Visando ao desenvolvimento de uma investigação aprofundada desses documentos, foi utilizada a perspectiva qualitativa de análise documental desenvolvida por Glenn A. Bowen (2009), que exige que as informações coletadas nos documentos sejam examinadas e interpretadas a fim de se ganhar entendimento sobre como o tema de estudo é tratado nos documentos em foco – neste caso, as disposições acerca de serviços, particularmente os de disponibilização de dados pela internet, nos textos jurídicos em foco. A análise documental proposta por Bowen (2009) viabiliza o acesso à informação acerca do *background* das informações coletadas, ajudando a contextualizar as leis em foco nos debates acerca de temas associados aos desenvolvimentos tecnológicos no setor audiovisual, principalmente. Conforme orienta Bowen (2009), na etapa seguinte, realizou-se a interpretação dos dados e, logo após, a análise das informações a partir da confrontação dos dados empíricos com os conceitos teóricos na discussão dos resultados obtidos.

4 Resultados

A Lei Complementar 157/2016

O ISS é um imposto cobrado sobre serviços prestados e é de competência municipal e caráter fiscal (GALVÃO *et al.*, 2019). Nesse sentido, cabe a cada Município e ao Distrito Federal editar suas próprias leis ordinárias tratando do assunto, em observância às disposições gerais da Lei Complementar 116/2003, ou seja, a Lei de 2003 não pode ser contrariada nessas leis ordinárias municipais nem serviços não-expressos na Lei Federal podem ser previstos nelas (CAVALCANTE, 2016; KIMURA, 2017).

O imposto é pago às prefeituras das cidades nas quais as prestadoras de tais serviços estão estabelecidas. Entretanto, a Lei Complementar 116/2003, responsável por regular originalmente a cobrança do ISS nos municípios brasileiros, não tratava de uma diversidade de serviços, como aqueles que cedem conteúdos de áudio e vídeo pela internet. Com a popularização de empresas que atuam nessa área, mostrava-se necessária uma atualização da lei de 2003, uma vez que tais organizações não pagavam o imposto. A lei de 2003 não sofrera, até 2016, qualquer modificação para contemplar os serviços gerados a partir dos avanços tecnológicos, gerando perda de arrecadação para os municípios. A situação se agravou, uma vez que o ISS veio se colocando como uma das principais fontes de receitas próprias de inúmeras cidades e reduzindo a dependência desses municípios em relação a repasses constitucionais (SANTOS, 2017).

Assim, em dezembro de 2016, a Lei Complementar 157/2016 foi sancionada pelo presidente da República Michel Temer, permitindo a tributação, com alíquota mínima

de 2%, de serviços de “disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos”. Essa tributação afeta empresas que transmitem conteúdo pela internet para assinantes, como as de *streaming* tais quais Netflix e Spotify. Ainda que essas não tenham sido as únicas prestadoras de serviços a passar a pagar esse tributo, elas ganharam maior destaque em meio a empresas de jogos, reflorestamento e tatuagens, por exemplo¹ (SILVEIRA, 2017).

A lei de 2016 promove uma ampla reforma do ISS ao alterar inúmeras regras. As empresas deverão agora pagar esse imposto para a cidade na qual a sede está instalada. No caso da Netflix, a prefeitura de São Paulo receberá o ISS. A taxação passou a valer em 90 dias e corresponde a pelo menos 2% da receita da empresa. Um dos principais objetivos da Lei Complementar é combater a guerra fiscal entre municípios, uma vez que, antes da legislação, as cidades tinham autonomia para estabelecer a sua alíquota, o que alimentava a concorrência excessiva entre as prefeituras na atração de empresas. Algumas estabeleciam alíquotas reduzidas e chegavam até mesmo a oferecer isenção fiscal (SILVEIRA, 2017).

Cumprir lembrar que a Emenda Constitucional 37/2002 já tinha estabelecido a alíquota mínima de 2%, com a exceção de serviços de construção civil. Todavia, alguns municípios continuaram reduzindo a base do cálculo e autorizando o recolhimento do ISS com alíquota inferior à estabelecida no Artigo 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (SANTOS, 2017). Entretanto, muitos municípios adotavam estratégias que almejavam indiretamente superar essa exigência da alíquota mínima editando leis locais que, por exemplo, concediam isenção fiscal para empresas que se estabelecessem nos seus territórios e gerassem um número específico de empregos diretos (CAVALCANTE, 2016).

Nesse contexto, municípios travavam guerras fiscais estipulando alíquotas irrisórias para o tributo, o que permitia atrair prestadoras de serviços para seus territórios. No caso de São Paulo, por exemplo, municípios da região metropolitana chegaram a reduzir a alíquota para 0,5%, quase um décimo do imposto cobrado na capital. Assim, as organizações que se transferissem para esses municípios teriam uma diminuição de 90% da carga referente ao imposto. Entretanto, a perda acabava sendo geral para todos os municípios, pois aqueles sujeitos a ganhos mais imediatos poderiam estar expostos a perdas no futuro, tendo em vista que os demais municípios poderiam adotar a mesma estratégia e entrar na guerra (ALEXANDRE, 2016).

A guerra fiscal trata-se de um ato ilegal por violar não apenas o pacto federativo, mas a disposição constitucional de cobrança de um percentual mínimo. A disparidade de condições econômicas entre as regiões brasileiras e mesmo entre municípios de um

1 A Lei Complementar 157/2016 não atendeu a expectativa de prefeituras que almejavam a sanção do projeto na íntegra para iniciar a cobrança do ISS nas operações de cartão de débito e crédito e do *leasing* no local da efetiva prestação dos serviços (SANTOS, 2017).

mesmo estado da federação não viabiliza a oferta de benefícios fiscais em igualdade de condições. Nesse sentido, municípios e estados da federação mais abastados atraem mais empreendimentos, enquanto aqueles em regiões mais pobres permanecem em posição desfavorável na atração de empresas. Assim sendo, ao buscar evitar a guerra fiscal, a Lei Complementar 157/2016 procura dar suporte coercitivo e sancionador diante de possível desobediência à Lei Complementar 116/2003 e, assim, criar oportunidades para uma melhor distribuição de renda entre municípios e estados da federação, uma vez que inúmeros municípios poderão arrecadar mais com a nova legislação. Ademais, a lei de 2016 busca conter a maleabilidade municipal que permitiu o desenvolvimento de negociatas entre empresários e gestores públicos em torno de trocas de favores com alíquotas menores (KIMURA, 2017).

Com a Lei Complementar 157/2016, os municípios que contam com leis que estabelecem alíquotas menores que 2% devem alterar sua legislação até 30 de dezembro de 2017. Caso não o façam e concedam ou mantenham benefícios financeiros ou tributários contrários ao que dispõe a Lei Complementar 116/2003, seus prefeitos incorrerão em ato de improbidade administrativa e poderão ter como sanções a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de 5 a 8 anos e a multa civil de até 3 vezes o valor do benefício financeiro ou tributário oferecido (SANTOS, 2017). O conceito de improbidade administrativa é caracterizado na Lei 8429/92 como uma conduta que pode causar danos ao erário, enriquecimento ilícito e/ou violação aos princípios administrativos. A Lei Complementar 137/2016 amplia o conceito ao englobar também a concessão ou a aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, colocadas em posição semelhante a condutas que causam prejuízos ao erário, mas que, antes de tornarem atos de improbidade, eram práticas comuns que não geravam consequências jurídicas maiores aos gestores (KIMURA, 2017).

Mesmo pagando o ISS, empresas como a Netflix ainda pagam menos tributos que outras transmissoras de conteúdos audiovisuais, como as TVs a cabo, que pagam o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), além do ISS. A taxação de serviços de *streaming* já existe em outros países, e muitos vêm estudando alternativas de cobrança de impostos sobre eles. O risco é o de que tal tributação acabe por aumentar os preços dos serviços oferecidos por empresas de *streaming* a seus clientes (SILVEIRA, 2017), uma vez que acabem sendo repassados aos clientes finais (SANTOS; SILVA, 2019).

No Brasil, além da cobrança de impostos sobre os serviços de *streaming*, existe também a preocupação em se combater a guerra fiscal entre entes da federação, como dito anteriormente. Visando a ampliar o cerco à imoralidade na administração pública, a Lei Complementar 157/2016 traz como caminho para tal ampliação a punição administrativa severa dos gestores públicos, que se mostra frequente na esfera estadual e agora mais presente no âmbito municipal. A Lei também traz efeitos para

empresários prestadores de serviços, que precisarão balizar sua conduta a partir da observação de novas boas práticas (KIMURA, 2017) e de um fornecimento adequado de conforto aos usuários de tais serviços (SANTOS; SILVA, 2019).

A Netflix

Fundada em 1997 na Califórnia, a Netflix atualmente conta com mais de 167 milhões de usuários pagantes em mais de 190 países (NETFLIX, 2020). A empresa se localiza em praticamente todo o globo terrestre e certamente já é responsável por uma alteração na forma dos espectadores de assistir a filmes e séries. O modelo de programação fixa das redes de TV está a cada dia sendo superado pela flexibilidade oferecida por ofertas versáteis, baseadas no *streaming*.

A Netflix como negócio foi iniciada por Reed Hastings e Marc Randolph. Tratava-se de um serviço focado na locação *online* de filmes, os quais eram entregues por via postal, e pelo qual os usuários pagavam uma taxa fixa a cada mês. No caso, não havia multas por eventuais atrasos na devolução nem uma data fixa para tal. Uma curiosidade é que a ideia de Hastings – atual CEO da Netflix – para esse serviço surgiu devido ao fato de ter tido que pagar uma multa de US\$ 40 por ter atrasado a devolução de um filme na locadora Blockbuster.

Em 1998, a empresa lançou o *website* netflix.com, que permitiu a requisição de DVDs pelos clientes. No ano seguinte, foi lançada a assinatura mensal, por meio da qual os clientes podiam alugar títulos de maneira ilimitada. Conforme os títulos eram devolvidos, outros eram recebidos pelos clientes, remetidos pela Netflix. Apesar do esforço e da aparente inovação apresentada, em 2000 Hastings e Randolph não foram bem-sucedidos na empreitada e tentaram vender a quase totalidade das ações para a Blockbuster, mas esta indicou que não percebia a Netflix como promissora, abdicando da oferta. Em dez anos, a Blockbuster entraria com seu pedido de falência, e um dos motivadores teria sido justamente o advento do *streaming* e, em particular, da Netflix.

O modelo da empresa, que prevalece até hoje, iniciou-se em meados de 2007, ano de início das transmissões de conteúdos *online* no mercado norte-americano por intermédio do serviço de *streaming* (NETFLIX, 2020). Na ocasião, os assinantes podiam assistir a uma hora de vídeos para cada dólar pago. Um plano de US\$ 20, por exemplo, permitiria 20 horas de *streaming* e o consequente desfrute de vídeos (LOUREIRO, 2016).

Essa mudança foi a responsável pelo grande crescimento da empresa, que tinha 4,5 milhões de assinantes à época e cresceu vertiginosamente, alcançando 16 milhões em 2010, apenas no mercado norte-americano, que, em 2017, conta com mais de 47 milhões.

A expansão internacional da empresa se iniciou em 2009, alcançando o mercado canadense e se dirigindo para o Caribe e a América Latina em seguida (2011). O

mercado brasileiro foi o pioneiro fora da América do Norte a receber o serviço da Netflix, ao preço mensal de R\$14,99 à época (PEREIRA, 2017).

No ano de 2016, a Netflix alcançou 130 novos países, atingindo um total superior a 190 países (GOMES, 2016), excluindo-se China, Coreia do Norte e Síria. Mesmo países reconhecidamente hostis aos Estados Unidos na história, como Rússia e Cuba, já têm acesso ao serviço.

Pouco depois de seu grande desenvolvimento global, um crescimento recorde foi apresentado pela Netflix no final de 2016. A empresa obteve 7,05 milhões de novos assinantes, 5,12 milhões dos quais fora dos Estados Unidos. Os assinantes internacionais chegaram a 45 milhões (quase 50% do total), sendo esse número correspondente a 19 milhões de pessoas a mais do que em 2015 (UMPIERES, 2017). Mais adiante, em 2019, a empresa já contava com 158 milhões de assinantes, tendo passado de uma receita de US\$ 4 bilhões, em 2018, para US\$ 5,25 bilhões em 2019, um crescimento de 31,3% (CAPELAS, 2019),

Atualmente, a Netflix vale US\$ 167 bilhões, contando com 172 milhões de assinantes e com uma expectativa de investir até US\$ 26 bilhões em produção de conteúdos nos próximos anos (CARVALHO, 2020).

A empresa tem-se baseado, em sua atuação operacional, no modelo de *streaming*, e inovações e aprimoramentos ocorreram. O que mais tem chamado a atenção dos usuários em tempos recentes diz respeito à produção, pela Netflix, de conteúdo original, como séries criadas especialmente para o desfrute de seus assinantes. Uma das mais conhecidas, que surgiu em 2013, foi a primeira série totalmente original da Netflix, a qual veio a se tornar um marco em termos de qualidade percebida e divulgação. Trata-se de “House of Cards”, ganhadora do Emmy de Melhor Direção em Série Dramática. A importância desse fato foi realçada por se tratar uma *websérie*, a primeira a ser premiada na maior honraria da TV nos Estados Unidos. A Netflix, por meio da análise de buscas dos usuários, conseguiu identificar a enorme popularidade do ator Kevin Spacey e do diretor David Fincher, além da apreciação da versão original da série, feita tempos antes na Inglaterra, o que motivou o lançamento de “House of Cards” como uma série exclusiva para os assinantes. Três meses depois de ter lançado a série, a Netflix conseguiu 2 milhões de novos usuários, o que colaborou para um aumento do faturamento em US\$ 160 milhões. Assim, a empresa conseguiu pagar seu investimento de US\$ 100 milhões para produzir as duas primeiras temporadas e ainda obteve lucro (NADALE, 2015).

Na sequência, a Netflix lançou duas novas produções originais, seguindo os passos de “House of Cards”. Eram elas “The Square” (indicada ao Emmy de melhor documentário ou especial de não-ficção) e “Orange is the New Black” (indicada ao Emmy de melhor série de comédia). No total, a empresa conseguiu obter, à época, 31 indicações (NETFLIX MEDIA CENTER, 2020). Em tempos mais recentes, a Netflix

obteve seu primeiro Oscar, – na categoria Melhor Documentário Curta-Metragem – com a produção *Os Capacetes Brancos*, na mesma época em que alcançou 100 milhões de assinantes (ano de 2017). Em seguida, no ano de 2018, obteve o Oscar de Melhor Documentário Longa-Metragem com “Ícaro” (NETFLIX, 2020). A companhia também fechou contratos com nomes como Ryan Murphy, Kenya Barris e Jason Bateman.

Seguindo uma tendência de globalizar sua produção, a Netflix iniciou produções originais internacionais em países como Dinamarca (com “The Rain”), Índia (com “Jogos Sagrados”), México (com “A Casa das Flores”) e Espanha (com “La Casa de Papel” e “Elite”), conseguindo ser o serviço mais indicado ao Emmy, ainda em 2018, com 112 indicações, e 23 prêmios alcançados (NETFLIX, 2020). Em seu último balanço financeiro, divulgado em janeiro de 2020 (referente ao último trimestre de 2019), a empresa indicou ter obtido um lucro de US\$ 587 milhões, que foi mais que o triplo do alcançado no último trimestre do ano anterior (NOBREGA, 2020).

A Netflix ocupa dois pequenos edifícios, cada um de três andares, em Los Gatos, Califórnia. É uma empresa que segue o padrão moderno de atuação, com sua cultura nomeada “Liberdade e Responsabilidade”, em que os próprios funcionários definem seu horário de trabalho e também suas férias – quando sair de férias e por quanto tempo. Cada mudança ocorrida, por menor que seja, é avaliada de forma bastante veloz, uma vez que, nos prédios, há disponíveis estações que contam com aparelhos como PlayStations, Wiis, Xboxes, *smart TVs*, *tablets* e celulares (NADALE, 2015).

Contudo, nem sempre o sucesso é garantido. Um caso que exemplifica isso foi a série “Marco Polo”, que contava com um orçamento da ordem de US\$ 90 milhões mas não obteve o sucesso esperado, apresentando um pico de audiência poucos dias após a estreia, tendo sido assistida por 1% do total de assinantes da Netflix, algo bastante reduzido. Para se ter uma ideia, outras séries como “House of Cards” e “Daredevil” alcançaram respectivamente 6,5% e 10,7% dos assinantes por ocasião de suas estreias. Como a Netflix acredita em um “longo prazo de validade” de seus produtos – há pessoas que demoram bastante para começar a assistir as temporadas de séries de sucesso –, acredita também em corrigir imperfeições percebidas e melhorar o conteúdo oferecido (NADALE, 2015). Com a tecnologia de que dispõe, a Netflix consegue identificar em que cena os telespectadores desistiram de assistir ao programa. Assim, a equipe de conteúdo se mantém informada para, de posse de tais informações, decidir as melhores ações a realizar.

Um atributo chave existente na Netflix é o sistema de recomendação. Esse se divide em dois, o das *metatags* e o de comportamento do assinante na plataforma. Os algoritmos usados seguem um padrão em que há uma entrada (*input*), uma predição a partir desta e o resultado (*output*). Na entrada, são obtidos dados que incluem a classificação do filme, seu título e a quantidade de estrelas recebidas, compondo um *ranking* – quanto mais estrelas, mais o filme terá agradado ao público que o assistiu.

As predições são balizadas a partir de informações de que o sistema já dispõe. Faz-se uso do método RMSE (*Root Mean Square Error*, ou Raiz do Erro Quadrático da Média), cujos valores representam o ajuste do modelo aos dados observados. Pelo uso de tal modelo, é possível identificar os valores dos dados já existentes e daqueles ainda inexistentes, assim criando uma recomendação (SIGILIANO; FAUSTINO, 2016).

São apenas exibidos conteúdos que – provavelmente – aguçarão o interesse do potencial espectador, com base em seu histórico de observação de filmes e séries. Qualquer assinante, a partir do momento em que assiste a algo, pode avaliar com um padrão de uma (mínimo) a cinco (máximo) estrelas. Por meio dessas avaliações, torna-se possível ao sistema distinguir o apreço do indivíduo por certo tipo de conteúdo e indicar outros similares.

Tendo em vista que a organização do catálogo do conteúdo oferecido pela Netflix se dá por meio de categorias, subcategorias, gêneros e tipos, a plataforma faz uso do sistema de *metatags* citado, ou seja, de etiquetas responsáveis pela classificação do conteúdo disponível aos assinantes. Tais *metatags* contêm dados relevantes, como, por exemplo, prêmios recebidos pela produção, ano de lançamento, direção, atores, roteirista(s), entre diversas outras informações de interesse do público-alvo.

Ademais, o sistema de recomendação é também responsável por mapear tanto as avaliações quanto os comentários realizados por quem assiste ao que é disponibilizado. Nesse caso, são obtidas informações sobre o tempo de visita a cada item oferecido pela Netflix, horário da visita, tipo de conexão, entre outros, que permitem identificar hábitos de consumo da pessoa que está interagindo com a plataforma. Todas essas informações, a seguir, são cruzadas a fim de proporcionar recomendações customizadas a cada assinante. A empresa indica que de 3 a 4 vídeos são assistidos apenas devido ao fato de constarem na lista de recomendações. A tecnologia caminha junto ao desenvolvimento da plataforma, permitindo ao consumidor criar a programação que mais lhe agrada.

5 Discussão e análise

O debate em torno da constitucionalidade da Lei Complementar 157/2016

A introdução de contratos de *streaming* como passíveis de incidência de ISS foi amplamente questionada. Juristas e representantes das empresas de *streaming* apontaram que a inclusão de cessão de conteúdo de vídeo, imagem e som pela internet na lista de serviços trazida pela Lei Complementar 157/2016 resultou da insatisfação de empresas concessionárias de TV por assinatura. Tal insatisfação seria motivada pelo baixo custo dos contratos relativos à Netflix e similares, o que traria prejuízo à competitividade no setor. Juristas alegaram que, quando a lei sancionada

atendeu às reivindicações das empresas de TV por assinatura e viabilizou o aumento da arrecadação municipal, introduziu-se uma regra inconstitucional, uma vez que os contratos de *streaming* não se subsumiam à definição de “serviço” para fins de incidência de ISS. De acordo com a Constituição brasileira (Artigo 156, Inciso III), os municípios apenas poderiam instituir ISS sobre prestações de serviços que caracterizem obrigações de *fazer*, já que as obrigações de *dar* e os serviços de transporte e de comunicação estariam colocados como competência impositiva dos Estados (GRUPENMACHER, 2016).

Uma vez que o *streaming* é um mecanismo de distribuição de dados por meio de pacotes, as informações distribuídas não são armazenadas pelo usuário que recebe a mídia a ser reproduzida. Nesse sentido, não se configura um serviço enquanto obrigação de *fazer* de natureza física ou intelectual, desempenhada sob regime de direito privado. O *streaming* trata, na verdade, de disponibilização sem cessão definitiva do conteúdo. A Constituição não contempla entre as competências impositivas federais, estaduais e municipais a cessão de direitos como passível de incidência tributária. Assim, para que houvesse cobrança de impostos relacionados à remuneração dos contratos de *streaming*, a única hipótese viável seria o exercício, pela União, de sua competência residual, em razão da qual um imposto sobre cessão de direitos poderia ser cobrado. Na falta de uma lei complementar federal instituidora dessa situação, não há possibilidade de que a cessão de direitos seja objeto de tributação (GRUPENMACHER, 2016), argumento com o qual se coaduna este artigo.

A Lei Complementar 157/2016 também reduz a competência tributária plena dos municípios, vedando de maneira definitiva a concessão de incentivos e benefícios fiscais em relação ao ISS. Argumenta-se que tal Lei, ao vedar a possibilidade de concessão de incentivos e benefícios fiscais, excedeu a prerrogativa que lhe atribuiu o constituinte derivado. A Constituição Federal não proíbe de maneira absoluta a concessão de incentivos e benefícios fiscais. Ela somente estabelece a possibilidade de que a lei complementar os regule. Existe a autorização para a redução da carga tributária, desde que ela seja objeto de disciplina pela lei complementar (GRUPENMACHER, 2017).

Entretanto, outros juristas apontam não apenas que a Lei Complementar 157/2016 é constitucional, como ela deveria ser saudada pelas empresas de *streaming* como a Netflix e o Spotify. Ao estarem sujeitas ao ISS em âmbito municipal, tais empresas estariam livres da possibilidade de os Estados tentarem impor a elas a cobrança do ICMS. Líderes e representantes da TV por assinatura já fizeram inúmeras críticas à Netflix pelo fato de que tal empresa não recolhe ICMS. Argumentavam que os serviços oferecidos pelas empresas de *streaming* deveriam estar sujeitos aos mesmos tributos que a TV por assinatura, o que significa um ICMS com alíquota de 25% a 37%. Com a lei de 2016, empresas como a Netflix teriam que pagar o ISS e não o ICMS sobre

telecomunicações, o que representaria uma vantagem competitiva se tais serviços forem comparados à TV por assinatura (OKUMURA, 2017). Numa visão distinta a de tais juristas, defendemos que, além de a cobrança do ISS para as empresas de *streaming* ser inconstitucional, mais impostos podem criar obstáculos ao desenvolvimento pleno das empresas de *streaming*, que ofereceram uma solução para crises do setor audiovisual e da indústria fonográfica mediante a substituição pelo consumo digital. Além disso, tal tributação pode acabar por aumentar os preços dos serviços oferecidos por essas empresas a seus clientes. Com o *streaming* mais caro e menos acessível – particularmente em contextos de crises econômicas –, o consumidor brasileiro pode limitar sua busca por bens e serviços criativos a partir dessas novas formas de distribuição de dados.

Os possíveis impactos da Lei Complementar 157/2016 para a Netflix

É bastante provável que haja um aumento no valor cobrado dos assinantes da Netflix, além do evidente impacto financeiro – estimado em R\$ 6 bilhões – para os municípios (BATTISTON, 2017). O problema que surge, em particular para a discussão em âmbito jurídico, é que “o Direito, gostem ou não, não está preparado para acompanhar a velocidade do avanço tecnológico” (GRILI *apud* BATTISTON, 2017). No caso específico da Netflix, um aumento de tributos a serem pagos pela empresa poderia levar a firma a elevar seus custos e, em decorrência disso, os preços cobrados ao mercado para não ter sua lucratividade decrescida. A imagem da empresa poderia ser deteriorada perante seus consumidores devido a um valor maior cobrado destes, que certamente não ficariam contentes com um novo preço a ser pago, maior que o anterior.

Segundo a Lei Complementar 157/2016, a alíquota mínima a ser instituída será de 2% e a máxima, de 5%. Existe uma grande probabilidade de que haja o repasse integral aos usuários, o que certamente – em particular em uma época de crise, como a brasileira atual – terá como consequências a desistência de assinantes da Netflix e a consequente redução das receitas da empresa, além de afastar potenciais interessados. Indiretamente, poderia haver um possível aumento da demanda por filmes piratas, visto que esses não têm qualquer preocupação em pagar impostos, dada sua natureza ilegal. Com a redução do *streaming* a partir da instauração da Lei e de suas decorrências, cópias piratas teriam maior atratividade a certos consumidores, interessados em obter vídeos a custo baixo.

É de se esperar que tanto a Netflix quanto empresas congêneres foquem sua argumentação no fato de os serviços, que têm como características primordiais a intangibilidade, a inseparabilidade, a heterogeneidade e a perecibilidade (HOFFMAN *et al.*, 2010), serem caracterizados por prestações de obrigações de *fazer*, como anteriormente citado. Isto se deve pelo caráter pessoal dessa prestação, pela qual um serviço encomendado por certo consumidor deve servir a este que o encomendou, e

não a outrem, o que ratifica sua heterogeneidade. No caso de haver o contrato com um prestador como a Netflix, presta-se uma obrigação de *dar*, uma vez que é *dado* o acesso a conteúdos de vídeos, cujos direitos já haviam sido previamente negociados com seus titulares, o que tornaria inexato que se classificasse como um serviço propriamente dito o *streaming*.

Para Grili (*apud* BELLUCCI, 2017),

Tempos atrás, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou que o ISS não deveria ser cobrado de locação de bens móveis. Até chegou a editar a Súmula Vinculante nº 31, que veda a cobrança, justamente porque se tratava de obrigação de dar e não de fazer. Se o STF usar a mesma premissa, caso seja provocado a decidir a questão, pode ser que também o ISS sobre *streamings* seja considerado inconstitucional.

É ainda relevante adicionar um outro tópico à discussão em tela. Trata-se da redução do interesse de empresas no desenvolvimento de novas tecnologias para que não sejam tributadas sobre estas. Com a obrigatoriedade de pagar impostos que antes inexistiam em seu cotidiano, as empresas podem deixar de se desenvolver tecnologicamente, ou mesmo de atuar no país, e buscar atuar apenas com o mínimo necessário para permitir sua ação mercadológica. Assim, evitariam impostos sobre novas tecnologias, ainda que ao custo da insatisfação de diversos clientes, os quais teriam de se contentar com um serviço aquém das expectativas devido às restrições encaradas pelas empresas. Essas, contudo, buscariam oferecer um serviço minimamente adequado às expectativas dos consumidores, sem se submeterem a novos pagamentos de tributos, o que impactaria negativamente sua receita e consequente lucratividade. A concorrência também se reduziria, a partir da constatação de que os custos seriam aumentados, e aquele mercado, que poderia vir a se desenvolver cada vez mais em termos tecnológicos, tenderia à estagnação.

7 Considerações finais

Um grande desafio se coloca agora para as Prefeituras que, no passado, concederam benefícios fiscais que passaram a ser proibidos a partir da Lei Complementar 157/2016. Até 30 de dezembro de 2017, elas deveriam revogar os benefícios fiscais contrários à restrição imposta pela Lei. Além disso, ainda no exercício de 2017, os governos municipais deveriam editar leis para prever a tributação dos serviços inclusos na Lei Complementar 116/2003 pela Lei Complementar 157/2016. Os contribuintes, por sua vez, deveriam ter a atenção redobrada, visto que, caso alguma

Prefeitura cobrasse o ISS sobre os serviços incluídos pela Lei Complementar 157/2016 sem editar a Lei Municipal, eles poderiam questionar judicialmente a cobrança, uma vez que esta seria considerada indevida. Ademais, as empresas que se utilizassem de benefício fiscal ligado ao ISS deveriam acompanhar as modificações nas legislações municipais, tendo em vista a obrigatoriedade de término desses benefícios a partir de 2018 (OKUMURA, 2017).

Considerando que, atualmente, as empresas fazem uso crescente de tecnologias digitais a fim de fornecer serviços e obter lucro (MARIA, 2018), e que deve-se buscar um avanço coeso entre o Fisco e a sociedade – para o qual é imperativo tanto o conhecimento quanto a adaptação ao advento da tecnologia –, mesmo que potenciais conflitos possam ser observados, estes deverão ser avaliados conforme a compreensão de órgãos superiores e da Constituição Federal (SANTOS; SILVA, 2019), para evitar danos à sociedade. Assim, no momento atual, é possível perceber que, ainda que a Lei Complementar 157/2016 tenha trazido um debate relevante com as alterações que produziu, em particular referente ao enquadramento do *streaming* no conceito de serviço, a sociedade tende a enfrentar um certo grau de insegurança, em âmbito jurídico, dadas as questões aqui levantadas.

Referências

- ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário esquematizado*. São Paulo: Método, 2016.
- BAKHSHI, Hasan. Manifesto pela economia criativa: um ponto de vista britânico. In: BAKHSHI, Hasan; ROSSELLÓ, Pablo; ARRUDA, Felipe (Coord.). *Novas direções na formulação de políticas para a economia criativa*. Londres, São Paulo: The British Council, 2014, p. 96-109.
- BATTISTON, Magda. Netflix e Spotify: Quem deve receber o ISS dos serviços de *streaming* de áudio e vídeo? *Contabilidade na TV*. 13 jan. 2017. Disponível em <http://contabilidadenatv.blogspot.com.br/2017/01/netflix-e-spotify-quem-deve-receber-o.html>. Acesso em: 23 jun. 2017.
- BELLUCCI, Bianca. Imposto sobre Netflix e Spotify pode ser ilegal; entenda porquê ISS deveria ser revogado. *33GIGA*. 17 jan. 2017. Disponível em <https://33giga.com.br/imposto-sobre-netflix-e-spotify-pode-ser-ilegal-entenda-porque-iss-deveria-ser-revogado/>. Acesso em: 24 jun. 2017.
- BENDASSOLLI, Pedro F.; WOOD JR., Thomaz; KIRSCHBAUM, Charles; CUNHA, Miguel Pina e. Indústrias criativas: definição, limites e possibilidades. *RAE*, v. 49, n. 1, p. 10-18, 2009.
- BOURDIEU, Pierre. *Distinction*. Londres: Routledge, 1984.
- BOWEN, Glenn A. Document analysis as a qualitative research method. *Qualitative Research Journal*, v. 9, n. 2, p. 27-40, 2009.
- CAPELAS, Bruno. Netflix chega a 158 milhões de assinantes e ações sobem 7%. *O Estado de São Paulo*, 16 out. 2019. Disponível em <https://link.estadao.com.br/noticias/empresas,netflix-chega-a-158-milhoes-de-assinantes-e-acoes-sobem-7,70003052448>. Acesso em: 6 mar. 2020.
- CARVALHO, Isabella. Como a falência da Blockbuster tornou a Netflix a maior empresa de mídia do mundo. *StartSe*, 27 fev.2020. Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/startups/falencia-blockbuster-netflix>. Acesso em: 8 mar. 2020.
- CAVALCANTE, Marcio Lopes André. LC 157/2016 promove alterações na Lei do ISS (LC 116/2003). *Dizer o Direito*, 30 dez. 2016. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2016/12/lc-1572016-promove-alteracoes-na-lei-do.html>. Acesso em: 26 jun. 2017.
- CONVERGE COMUNICAÇÕES. *Netflix fecha ano com receitas de US\$ 8,3 bilhões e 93,8 milhões de assinantes*. 18 jan. 2017. Disponível em: <http://convergecom.com.br/teletime/18/01/2017/netflix-fecha-ano-com-receitas-de-us-83-bilhoes-e-938-milhoes-de-assinantes/>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- ESPÍNDOLA Diane E.; SEGUNDO, Hugo de Brito M. Algumas notas sobre a LC 157/2016: Guerra fiscal e taxatividade do ISSQN. *RDIET*, v. 13, n. 1, p. 45-76, jan/jun, 2018.
- GALVÃO, Rodrigo W. *et al.* Imposto sobre serviço de qualquer natureza: uma análise da arrecadação do município de Alta Floresta-MT. *RCA - Revista Científica da AJES*, v. 8, n. 16, p. 92-104, jan/jun. 2019.
- GOMES, Helton Simões. Netflix passa a funcionar em mais de 190 países; China não entra na lista. *G1*, 06 jan. 2016. Disponível em <http://g1.globo.com/tecnologia/ces/2016/noticia/2016/01/netflix-passa-funcionar-em-mais-de-130-paises-china-nao-entra-na-lista.html>. Acesso em 23 jun. 2017.

- GRUPENMACHER, Betina Treiger. Incidência de ISS sobre *streaming* é inconstitucional. *Consultor Jurídico*, 20 dez. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/betina-gruppenmacher-iss-streaming-inconstitucional>. Acesso em: 26 jun. 2017.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. Lei Complementar 157/2016 limita autonomia de municípios. *Treiger Gruppenmacher Advogados Associados*, 16 jan. 2017. Disponível em: <http://www.gruppenmacher.com.br/teste/>. Acesso em: 26 jun. 2017.
- HOFFMAN, K. Douglas et al. *Princípios de marketing de serviços: conceitos, estratégias e casos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.
- KIMURA, Marcia Mayumi Duarte. Lei Complementar 157/2016 – as mudanças no regime do ISSQN, a guerra fiscal que gera improbidade administrativa e o compliance adequado para empresas. *Âmbito Jurídico*, 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18500. Acesso em: 25 jun. 2017.
- LOUREIRO, João de Jesus dos Santos. *Com a Netflix, você tem o controle – o perfil do consumidor na Região Metropolitana de Belém: As novas formas de assistir TV e cinema*. 2016. 119 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Comunicação Social) – Faculdade de Comunicação, Universidade Federal do Pará, Belém, 2016.
- MARIA, Lorena do N. Barbosa. Tributação do Netflix: a (in)constitucionalidade da incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre os serviços de *streaming*. *Revista de Direito FIBRA Lex*, v. 3, n. 3, 2018.
- NADALE, Marcel. O dia a dia inusitado dos funcionários da Netflix. 13 ago. 2015. *Exame.com*. Disponível em <http://exame.abril.com.br/negocios/o-dia-a-dia-inusitado-dos-funcionarios-da-netflix/>. Acesso em 24 jun. 2017.
- NETFLIX. *About Netflix*: Netflix has been leading the way for digital content since 1997. Disponível em <https://media.netflix.com/en/about-netflix>. Acesso em 25 jun. 2017.
- NETFLIX MEDIA CENTER. *Sobre a Netflix*. 2020. Disponível em: https://media.netflix.com/pt_br/about-netflix. Acesso em: 05 mar. 2020.
- NOBREGA, Ighor. Lucro da Netflix mais que triplica no 4º trimestre de 2019. *Poder 360*. 21 jan. 2020. Disponível em <https://www.poder360.com.br/tecnologia/lucro-da-netflix-mais-que-triplica-no-4o-trimestre-de-2019/>. Acesso em: 8 mar. 2020.
- OKUMURA, Fernando Guido. Lei Complementar 157, mais uma vantagem competitiva Netflix (em relação à TV paga) e “lição de casa” para as Prefeituras. *LinkedIn*, 2 jan. 2017. Disponível em: <https://pt.linkedin.com/pulse/lei-complementar-157-mais-uma-vantagem-competitiva-netflix-okumura>. Acesso em: 26 jun. 2017.
- PEREIRA, Néli. *A multa de uma locadora de DVD que deu origem à Netflix*. (jan./2017). Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/geral-38348864>. Acesso em: 22 jun. 2017.
- REIS, Ana Carla Fonseca. Introdução. In: REIS, Ana Carla Fonseca (Org.) *Economia criativa como estratégia de desenvolvimento: uma visão dos países em desenvolvimento*. São Paulo: Itaú Cultural, 2008, p. 14-49.

SANTOS, Maria do Carmo Jardim. ISSQN alterado pela Lei Complementar 157/2016. *Canal Tributário*, 6 fev. 2017. Disponível em: <http://www.canaltributario.com.br/2017/02/06/issqn-alterado-pela-lei-complementar-1572016/>. Acesso em: 25 jun. 2017.

SANTOS, Igor Amancio Raiz; SILVA, Diogo Severino Ramos. Tributação sobre aplicativos e serviços de *streaming*. *Derecho y Cambio Social*, n. 56, p. 163-180, abr-jun 2019.

SILVEIRA, Debora Pricila. Entenda como vai funcionar o imposto sobre Netflix e Spotify. *Oficina da Net*, 4 jan. 2017. Disponível em: <https://www.oficinadanet.com.br/post/18052-entenda-como-vai-funcionar-o-imposto-sobre-netflix-e-spotify>. Acesso em: 25 jun. 2017.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral. O papel do advogado e o combate à corrupção no Brasil. *Ius Gentium*, v. 10, n. 1, p. 145-171, jan./abr. 2019.

UMPIERES, Rodrigo Tolotti. Efeito Stranger Things? Netflix vê número de assinantes saltar e ações disparam 8%. *Infomoney*, 18 jan. 2017. Disponível em <http://www.infomoney.com.br/mercados/acoes-e-indices/noticia/6034603/efeito-stranger-things-netflix-numero-assinantes-saltar-acoes-disparam>. Acesso em: 24 jun.2017.