



**ICMS e Comércio Eletrônico
(E-Commerce)**

Em toda guerra, há a possibilidade de grupos se aliarem para somar suas forças. Na guerra tributária da arrecadação de ICMS, travada entre os Estados brasileiros, não é diferente, o que resultou em vários destes entes federativos se unirem para a confecção de um acordo no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), originando o Protocolo 21/11, o qual *“Estabelece disciplina relacionada à exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente”*. A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), pelo Recurso Extraordinário n. 680089 (número cabalístico?), e em razão de sua relevância econômico-financeira, ganhou contornos de controvérsia representativa de Repercussão Geral. O exemplo que explicita a controvérsia sobre o caso é o de uma empresa em Estado signatário da convenção que vende um produto para consumidor em outro Estado (que não faz parte do pacto),

por meio de internet, telemarketing ou *showroom*. Vamos analisar duas situações: (a) uma situação primeira é a venda de um produto por um site de uma empresa da Bahia para um consumidor no Ceará. (ambos são signatários do Protocolo), o que acarreta em o contribuinte do ICMS recolher 18%, que será repartido entre os dois Estados; (b) outra situação é o mesmo produto vendido por uma empresa de São Paulo (ente que não faz parte do pacto no âmbito do CONFAZ) a um consumidor que reside na jurisdição tributária da Bahia ou do Ceará. O ICMS recolhido pela empresa contribuinte será de 18% para São Paulo, mais o exigido pelo Estado destinatário. Ocorre que o atual panorama legal do ICMS faz com que a exigência do mesmo seja apenas ao Estado de origem. Ou seja, na situação (b) é inconstitucional cobrar o ICMS no Estado de destino. A Constituição Federal, em seu Art. 155, VII, estabelece que: *“em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á: (...) b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele (...)”*. e no Art. 155, XII, a Constituição federal determina que cabe a Lei Complementar



BRNews | Setor: TI, Internet

(LC) deve definir contribuinte, base de cálculo, substituto tributário, dentre outras tarefas. A LC que regulou o ICMS (Lei Kandir) estabelece, em seu Art. 11, que “o local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é: I - tratando-se de mercadoria ou bem: a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador(...)”. O Art. 12 desta Lei expressa que: “considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte (...)”. Deste modo, o Fisco da Bahia, no exemplo dado, com base no Protocolo, estaria cobrando de quem não é contribuinte, com a obrigatoriedade de recolhimento pela empresa de São Paulo, nos termos da Cláusula Quarta do protocolo: “*A parcela do imposto a que se refere a cláusula primeira deverá ser recolhida pelo estabelecimento remetente antes da saída da mercadoria ou bem, por meio de Documento de Arrecadação Estadual (DAE) ou Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE)(...) Parágrafo único. Será exigível, a partir do momento do ingresso da mercadoria ou bem no território*

da unidade federada do destino e na forma da legislação de cada unidade federada, o pagamento do imposto relativo à parcela a que se refere a cláusula primeira, na hipótese da mercadoria ou bem estar desacompanhado do documento correspondente ao recolhimento do ICMS, na operação procedente de unidade federada: I - não signatária deste protocolo(...)”. Daí se verifica que a cobrança, de fato, e em que pese ainda não haver julgado na Corte Suprema, é claramente inconstitucional, observando-se que o Legislativo trabalha para tornar a mecânica do Protocolo em norma. Ainda sem fechamento definitivo no Judiciário e no Legislativo, o que se pode ter certeza acerca da questão é de que o protocolo entrou em vigor em 13/05/2011, e de lá para cá não faltaram ações e mandados de segurança para assegurar direito líquido e certo do contribuinte de não se submeter a dupla tributação indevida.

por Rafael De Conti | Advogado
da De Conti Consultoria Jurídica & Advocacia
(www.decontilaw.com.br)

De Conti
Consultoria Jurídica & Advocacia