



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

WALLIS FRANKLIN DE SOUZA SILVA

**BITRUBUTAÇÃO DE ICMS NAS COMPRAS VIA INTERNET:
A inconstitucionalidade tributária e seus reflexos**

CAMPINA GRANDE – PB

2012

WALLIS FRANKLIN DE SOUZA SILVA

**BITRIBUTAÇÃO DE ICMS NAS COMPRAS VIA INTERNET:
A inconstitucionalidade tributária e seus reflexos**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento a exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Esp. Jardon Souza Maia

CAMPINA GRANDE – PB

2012

S586t

Silva, Wallis Franklin de Souza.

Tributação de ICMS nas compras via internet [manuscrito]: a inconstitucionalidade tributária e seus reflexos / Wallis Franklin de Souza Silva.– 2012.

18 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2012.

“Orientação: Prof. Esp. Jardon Souza Maia, Departamento de Direito Público”.

1. Direito tributário. 2. Bitributação. 3. Imposto. I. Título.

21. ed. CDD 343.042

WALLIS FRANKLIN DE SOUZA SILVA

**BITRIBUTAÇÃO DE ICMS NAS COMPRAS VIA INTERNET:
A inconstitucionalidade tributária e seus reflexos**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Bacharelado em
Direito da Universidade Estadual da Paraíba,
em cumprimento a exigência para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Aprovação em: 25/10/2012



Prof. Esp. Jardon Souza Maia
Orientador



Prof. Ms. Maria Cezilene Araújo de Moraes
Examinadora



Prof. Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral
Examinadora

BITRIBUTAÇÃO DE ICMS NAS COMPRAS VIA INTERNET: A inconstitucionalidade tributária e seus reflexos

SILVA, Wallis Franklin de Souza

RESUMO

O presente trabalho, através de uma análise positivista, que não deixa de lado doutrina e jurisprudência, tem como objetivo esclarecer o fenômeno recente da bitributação de ICMS nas compras realizadas via internet. Além da análise dos pontos de conflito entre os Estados-membros da Federação, declinaremos atenção especial ao estudo da inconstitucionalidade do referido mecanismo. No mais, será abordado a sua total incompatibilidade com o sistema tributário nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Tributário. Bitributação. ICMS. Inconstitucionalidade

INTRODUÇÃO

O Estado interfere na vida dos cidadãos das mais variadas formas, atuando em diversos pontos de nosso cotidiano, proporcionando ora ajustes positivos ao nosso dia a dia, ora ajustes negativos, que de certo modo sempre terminam por afeta nossa autonomia e independência.

Nesse diapasão, a principal forma de intervenção do Estado em nossa vida econômica é através da cobrança dos impostos, que de origem histórica remontam até mesmo aos tempos bíblicos.

O imposto, cobrado de pessoas físicas e jurídicas, é a forma mais eficiente e direta de arrecadação do poder público, e serve para custear os gastos públicos com as mais diferentes áreas, incidindo tanto sobre a renda quanto sobre o patrimônio dos contribuintes.

Na seara contemporânea, polarizada pela globalização e pelo capitalismo, e ainda pela federalização das nações, o imposto ganhou uma importância impar, eis que os estados-membros das nações passaram a disputar investimentos com o fim de aumentar sua arrecadação, de modo a criar uma verdadeira guerra fiscal para tal finalidade.

Tal situação chegou a um ponto culminante na dinâmica financeira atual, pois com a chegada do comércio eletrônico, cada vez mais atraente aos olhos dos consumidores, alguns estados enxergaram naquela modalidade o pico de arrecadação, enquanto outros viram uma perda inigualável de recursos, o que os levou a buscar formas de equilibrar aquela reação, concretizadas através da criação de leis exigindo uma cobrança suplementar de imposto, no caso o ICMS.

No trabalho em deslinde faremos uma abordagem clara e perspicaz da chamada bitributação de compras realizadas no comércio eletrônico, sob a ótica do ordenamento jurídico vigente, especificando as posições constitucionais e infraconstitucionais acerca do tema.

Para tanto, fundamentaremos esta análise em pesquisas bibliográficas em textos da lei e doutrina especializada, além de buscarmos amparo no posicionamento da jurisprudência dominante.

1. O ICMS ENQUANTO MATRIZ TRIBUTÁRIA CONSTITUCIONAL: A NATUREZA JURÍDICA E SUA IMPORTÂNCIA ECONÔMICA PARA OS ESTADOS-MEMBROS

O ICMS – Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços pode ser entendido como a principal fonte de aquisição de receita para os estados-membros da República Federativa do Brasil e do Distrito Federal. O referido imposto tem um

papel de suma importância no contexto dos Estados, pois viabiliza a autonomia e independência financeira dos estados-membros.

Nesse linear, o referido imposto recebeu um significado tratamento constitucional:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
(...)
II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

Não obstante, o referido tratamento constitucional é robustecido pela Lei Complementar nº 87/96, que aprimora a compreensão do ordenamento, devendo a referida norma ser observada relativamente aos preceitos que não contrariarem a Constituição da República.

Pois bem, devidamente regulamentado, o ICMS possui como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias, ou seja,

o fato gerador indica quaisquer atos ou negócios, independentemente da natureza jurídica específica de cada um deles, que implicam a *circulação de mercadorias*, assim entendida a circulação capaz de realizar o trajeto da mercadoria até o consumo. (SABBAG, 2009, p. 941)

Cumpra, ainda, destacar que o ICMS está submetido ao princípio da estrita legalidade, assim, apenas lei complementar pode instituir e aumentar tal tributo, estabelecendo todos os seus elementos de formação, inclusive a alíquota.

Assim, a instituição e atribuição do referido imposto é exclusiva do Poder Legislativo, em virtude do princípio da legalidade e da separação e independência dos poderes, sendo, dessa forma, vedada a sua delegação ao poder executivo. Sobre tal assertiva, observemos o que assevera o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66):

Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou

decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.

No mais, no que tange a alíquota, a Constituição, no âmbito do art. 155, §2º, VI estabelece que as operações relativas à circulação de mercadorias não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais, de modo que deve o Senado Federal fixar através de resolução as alíquotas máximas do ICMS para as referidas operações.

Doutra banda, urge salientar que o ICMS não deve ser entendido como tributo incidente sobre a mera circulação de mercadorias ou bens, eis que o termo circulação refere-se à circulação jurídica, consubstanciada na transferência de titularidade, e não no mero deslocamento físico. Vejamos o que fala a doutrina (SABBAG, 2009, p. 942):

a) circulação: é a mudança de titularidade jurídica do bem (não é a mera movimentação “física”, mas circulação jurídica do bem). O bem sai da titularidade de um sujeito e passa á titularidade definitiva de outro.

Dessa forma, verifica-se que o referido tributo deve ser considerado única e exclusivamente sobre o aspecto de incorporação ao patrimônio do sujeito contribuinte, para fins de comercialização com aptidão mercantil.

2. AS COMPRAS REALIZADAS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO E SEUS REFLEXOS NA ARRECADAÇÃO DE ICMS DOS ESTADOS-MEMBROS

A importância do ICMS no que tange a estatura da arrecadação dos Estados que compõem a República Federativa do Brasil, é inquestionável. Pois é justamente nesse particular que surge a problemática central de nosso estudo, eis que com o aumento astronômico das compras realizadas através do comércio “pontocom”, alguns Estados se viram prejudicados e decidiram agir.

Com a bandeira de luta alicerçada na postura de evitar que apenas os Estados que têm centro de distribuição do comércio eletrônico arrecadem ICMS, no

mês de abril de 2011, 18 (dezoito) Estados-membros, através de seus secretários estaduais da Fazenda, assinaram o protocolo ICMS 21, para alterar a cobrança do ICMS no comércio via internet e telemarketing.

Pelo documento, sob a alegação de que com o aumento das compras *on line*, houve o deslocamento das operações comerciais com consumidor final, não contribuintes de ICMS, para vertente diferente daquela que ocorria predominante quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, o tributo, que é pago no estado de origem passará a ser cobrado também no destino pelos estados signatários.

Assim, nas operações interestaduais realizadas entre as unidades federadas signatárias da norma, o estabelecimento remetente, atuando na qualidade de substituto tributário, será responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, em favor da unidade federada de destino, relativo à parcela a esta cabível.

A referida parcela será resultado da aplicação de sua alíquota pela da unidade de destino, tendo por base o valor da respectiva operação, deduzindo-se o percentual de 7% sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto, para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do estado do Espírito Santo e de 12% para as mercadorias ou bens procedentes das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Espírito Santo. O ICMS devido à unidade federada de origem da mercadoria ou bem, relativo à obrigação própria do remetente, é calculado com a utilização da alíquota interestadual:

Cláusula segunda Nas operações interestaduais entre as unidades federadas signatárias deste protocolo o estabelecimento remetente, na condição de substituto tributário, será responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, em favor da unidade federada de destino, relativo à parcela de que trata a cláusula primeira.

Cláusula terceira A parcela do imposto devido à unidade federada destinatária será obtida pela aplicação da sua alíquota interna, sobre o valor da respectiva operação, deduzindo-se o valor equivalente aos seguintes percentuais aplicados sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto devido na origem:

I - 7% (sete por cento) para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo;

II - 12% (doze por cento) para as mercadorias ou bens procedentes das

Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo. Parágrafo único. O ICMS devido à unidade federada de origem da mercadoria ou bem, relativo à obrigação própria do remetente, é calculado com a utilização da alíquota interestadual.

Desse modo, o que se depreende do referido documento é a ocorrência de uma verdadeira bitributação do Imposto estadual, o ICMS, uma vez os estados que distribuem as mercadorias não abrirão mão das alíquotas internas e os estados consumidores exigirão suas parcelas da arrecadação.

Tal acordo foi assinado pelos seguintes estados: Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia e Sergipe, além do Distrito Federal.

Pois bem, do referido documento denota uma série de afrontas aos preceitos constitucionais, pois em que pese a clarividente desigualdade de arrecadação entre os Estados distribuidores do comércio eletrônico e os consumidores, os pilares jurídicos devem ser observados quando do nascimento de normas ou regulamentações que venham a afetar o contribuinte.

Sob tal ótica, o fato é que o referido tema ganha contornos políticos de guerra fiscal entre os Estados-membros, de modo que inspirado no documento retro mencionado, o Estado da Paraíba, através de seu Governador, em Dezembro de 2011, sancionou a Lei 9582/2011.

A referida Lei trata da exigência de parcela do ICMS, nas operações interestaduais que destinem mercadorias ou bens a consumidor final, quando a aquisição ocorrer de forma não presencial. Dessa feita, passaremos a explicar a base jurídica dos referidos documentos, de modo a contrapô-los com o ordenamento jurídico pátrio.

3. LEI ESTADUAL 9582/2011: A INCONSTITUCIONALIDADE DE SEUS DISPOSITIVOS E A BITRIBUTAÇÃO ENQUANTO POSTURA TRIBUTÁRIA VEDADA

A Lei Estadual nº 9582, de 12 de dezembro de 2011, aduz o seguinte em sua ementa:

Dispõe sobre a exigência de parcela do ICMS, nas operações interestaduais que destinem mercadorias ou bens a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial, e dá outras providências.

Tal ordenamento Estadual alterou a forma de cobrança do ICMS no comércio via internet, de modo que o consumidor terá de pagar o tributo ao estado que fez a venda e também ao Estado da Paraíba.

O Estado utilizou como argumento para nova lei a existência de uma concorrência desleal, afirmando não haver que se falar em bitributação, mas tão somente em complementação de uma tributação omissa.

Ocorre que, tais argumentos não procedem, eis que o referido ordenamento denota evidadas inconstitucionalidades e desatendimentos aos preceitos tributários nacionais, o que apenas reforça a tese de ilegalidade da referida cobrança tributária por parte dos Estados-membros.

Cumprе destacar que a referida lei é objeto da ADIN 4705, impetrada pelo Conselho Federal da OAB, em tramitação no STF, cuja liminar com efeito suspensivo foi concedida pelo Ministro Joaquim Barbosa.

Vejamos alguns trechos da lei em questão, para então contrapô-los juridicamente:

(...)

Art. 1º.- Nas operações interestaduais que destinem mercadorias ou bens a consumidor final localizado neste Estado, cuja aquisição ocorrer de forma

não presencial, por meio de internet, telemarketing ou showroom, exigir-se-á a parcela do ICMS, nos termos estabelecidos nesta Lei.

§1º.- O disposto no “caput”, aplica-se às operações provenientes dos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Sergipe e Distrito Federal.

§ 2º Em relação às operações provenientes de Estados não discriminados no § 1º, exigir-se-á o imposto, conforme estabelecido no art. 3º e seus incisos e no inciso I do § 2º do art. 4º.

§ 3º Será dispensada a exigência da parcela do ICMS, não se aplicando o disposto nesta Lei, quando, em qualquer hipótese, o valor da operação for inferior a R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Art. 2º Nas operações interestaduais com os Estados elencados no § 1º do art. 1º, a responsabilidade pela retenção e recolhimento da parcela do imposto de que trata o art. 1º, na qualidade de sujeito passivo por substituição, caberá ao remetente da mercadoria ou bem.

Art. 3º A parcela do imposto devida a este Estado será obtida mediante a aplicação da alíquota prevista para operações internas, sobre o valor da respectiva operação, deduzindo-se os seguintes percentuais aplicáveis sobre a base de cálculo utilizada para a cobrança do imposto na origem:

I – 7% (sete por cento) para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo;

II – 12% (doze por cento), para as mercadorias ou bens procedentes das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo.

Parágrafo único: Nas operações interestaduais destinadas aos Estados elencados no § 1º do art. 1º, o ICMS devido a este Estado corresponderá ao montante resultante da aplicação da alíquota interestadual incidente sobre o valor da operação própria do remetente.

(...)

Pois bem, de uma análise preliminar dos dispositivos supra, verificamos a criação de um inédito sistema de tributação por parte do Estado da Paraíba, inerente tanto a hipóteses de cobrança quanto a eventual dispensa de parte da alíquota de ICMS, o que denota violação as bases legais tributárias, alicerçado na ideia de suposta correção de desequilíbrio econômico.

3.1 A violação da lei ao princípio da não-limitação ao tráfego de pessoas e bens, ao princípio da não-discriminação e ao princípio do Pacto Federativo

Num primeiro plano, verificamos que o ordenamento em destaque adota como critério para fins de recolhimento do tributo, o ingresso do bem no território do Estado da Paraíba, além de exigir um montante adicional de 7% (sete por cento) ou 12% (doze por cento) quando da ocorrência do referido fato gerador, ou seja, o Estado da Paraíba incrementa a cobrança do ICMS sem a observância dos mais básicos preceitos legais.

Por outro lado, segundo o princípio da não-limitação ao tráfego de pessoas e bens, a intermunicipalidade e a interestadualidade não poderão ser fatos geradores de quaisquer tributos, sendo tal deslocamento protegido pela regra da imunidade, que segundo a doutrina “É uma decorrência natural da unidade econômica e política do território nacional”. (HARADA, 2009, P. 296):

Não obstante, observemos o que preceitua o dispositivo constitucional:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

Nesse norte, é possível afirmar que tal princípio mostra estreita consonância com a liberdade de locomoção constitucionalmente protegida, consubstanciada no inciso XV do art. 5º da Carta Magna.

Dessa forma, claro está que ao instituir majoração no imposto em estudo, há uma tentativa de dificultar o ingresso mercadorias ou bens de outros estados no Estado delimitador da lei, o que se constitui em ilegalidade, já que tributa a simples entrada no território.

Ainda que assim não fosse, o referido mecanismo estaria por afrontar o princípio da não-discriminação baseada em procedência ou destino, eis que o art. 152 da Carta Magna aduz:

Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

Tal princípio, em tese, impediria a guerra tributária ao declinar sobre a unidade geográfica do território nacional, inibindo todo e qualquer tipo de barreira tributária no relacionamento entre Estados e Municípios.

A partir do referido princípio constitucional, é possível concluir que a procedência e o destino de bens e serviços de qualquer natureza não poderão servir para “manipulação das alíquotas e da base de cálculo pelos legisladores dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”. (SABBAG, 2009, p. 238)

Sendo assim, tributando ou majorando bens advindos de outros estados, somente porque adquiridos através do comércio eletrônico, o declinado mecanismo apenas assim o faz em razão da origem do produto, havendo, portanto, total afronta ao preceito constitucional retro, já que é vedado ao legislador discriminar os iguais.

Ademais, cristalino o propósito do mecanismo em criar um novo imposto, o que se traduz ainda em violação ao princípio do pacto federativo e da autonomia dos Estados, esculpidos nos artigos 1º e 18º da Carta Política.

A constituição veda aos entes federativos a criação ou majoração de impostos sem a existência da competente lei:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Pois bem, ao se utilizar de mecanismos disfarçados para criar um novo imposto, os Estados rompem com o Pacto Federativo, eis que não se deve confundir a autonomia conferida pela constituição aos Estados-membros com soberania absoluta, pois deve haver obediência a Carta Magna, sustentáculo das leis de nossa nação.

Não bastasse, regulamentando tal normatização tem-se a redação do art. 9º, inciso I do Código Tributário Nacional.

Nessas condições, flagrante a ilegalidade da cobrança suplementar do ICMS.

3.2 A ilegalidade da alíquota interna diferenciada do ICMS

A norma constitucional concatenada no art. 155, §2º, VII, “b” adota a alíquota interna do estado de origem, quando o destinatário da mercadoria não for contribuinte de ICMS, ou seja, for consumidor. Senão vejamos:

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:
a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

O protocolo em estuda e a legislação paraibana ferem tal dispositivo, eis que este define as alíquotas em razão da situação do consumidor final, como contribuinte ou não, de modo que quando a operação interestadual destinar bem a não contribuinte, a alíquota a ser utilizada será a do Estado onde se deu a operação, sendo o tributo devido ao mesmo.

É justamente o caso dos consumidores do comércio “pontocom”, pois não há que se falar em cobrança de ICMS suplementar, vez que tal tributo já foi adimplido quando da formalização da compra, sendo este devido ao estado de origem e não ao estado de destino, o que demonstra a ilegalidade do mecanismo questionado.

Nesse diapasão, sendo as operações interestaduais de compra efetuadas por não contribuinte do ICMS (consumidor final), a alíquota a ser aplicada é a interna, sendo o tributo devido apenas ao Estado onde se encontram os fornecedores, no caso, remetentes da mercadoria, não podendo os Estados criarem um novo imposto, tão somente pelo fato das mercadorias serem oriundas de outro Estado e terem como destinatários finais consumidores não contribuintes do ICMS residente naquela unidade da federação.

Daí se pode concretizar mais uma afronta do referido mecanismo ao ordenamento pátrio vigente.

3.3 O entendimento do Supremo Tribunal Federal e seus reflexos no campo prático

Do até aqui exposto, é de uma clareza meridiana a invalidade do mecanismo utilizado pelos Estados no que concerne a cobrança dúplice de ICMS em relação as compras realizadas através da internet.

Em primeiro lugar, porque tal normatização camufla a criação de um novo imposto, configurando-se em efetiva burla ao sistema tributário nacional, além de violar a Constituição, mais especificamente o art. 150, I. No mais, o nascimento do novo tributo apenas seria possível mediante lei complementar (art. 154, I da CRFB), o que no caso em testilha aconteceu por meio de Lei Ordinária, além de que não poderia adotar o mesmo fato gerador de outro imposto, o que no caso em tela ocorre, ante a existência do ICMS.

Não bastasse, a exigência do tributo no âmbito do Estado destinatário não atende ao concatenado na Lei nacional do ICMS (LC nº 87/96), que obriga o consumidor final apenas ao pagamento da alíquota interna do referido imposto.

Por outro lado, necessário destacar, ante a importância do tema, o entendimento jurisprudencial firmado por nossa Suprema Corte, que em julgamento de caso idêntico ao mecanismo introduzido pela lei paraibana, asseverou o seguinte:

EMENTA : CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL. LEI 6.041/2010 DO ESTADO DO PIAUÍ. LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (ARTS. 150, V E 152 DA CONSTITUIÇÃO). DUPLICIDADE DE INCIDÊNCIA (BITRIBUTAÇÃO - ART.6.041150V152CONSTITUIÇÃO155, § 2º, VII, B DA CONSTITUIÇÃO). GUERRA FISCAL VEDADA (ART. 155, § 2º, VI DA CONSTITUIÇÃO). MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Tem densa plausibilidade o juízo de inconstitucionalidade de norma criada unilateralmente por ente federado que estabeleça tributação diferenciada de bens provenientes de outros estados da Federação, pois: (a) Há reserva de resolução do Senado Federal para determinar as alíquotas do ICMS para operações interestaduais; (b) O perfil constitucional do ICMS exige a ocorrência de operação de circulação de mercadorias (ou serviços) para que ocorra a incidência e, portanto, o tributo não pode ser cobrado sobre operações

apenas porque elas têm por objeto "bens", ou nas quais fique descaracterizada atividade mercantil-comercial; (c) No caso, a Constituição adotou como critério de partilha da competência tributária o estado de origem das mercadorias, de modo que o deslocamento da sujeição ativa para o estado de destino depende de alteração do próprio texto constitucional (reforma tributária). Opção política legítima que não pode ser substituída pelo Judiciário. Medida liminar concedida para suspender a eficácia prospectiva e retrospectiva (ex tunc) da Lei estadual 6.041/2010. (STF, ADIN 4565 PI, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA)

Desse modo, torna-se claro o entendimento manifestado pela Suprema Corte, ao delimitar a incidência do ICMS quando da ocorrência de operação de circulação de mercadorias ou serviços, desde que caracterizada atividade mercantil-comercial, o que não se revela no ato de compra via internet, por consumidor final. Além do mais, assevera que a mudança no ente ativo do tributo, apenas poderá surgir se alterado o texto constitucional, que já adota o estado de origem das mercadorias como sujeito ativo.

Assim sendo, depreende-se uma nítida infringência aos pilares legais quando da inclusão do referido mecanismo em nosso ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

É fato que a globalização nos denota a aspectos comportamentais positivos e negativos, no entanto é absolutamente plausível entender que as facilidades advindas das novas tecnologias facilitam o cotidiano, proporcionando mais segurança e interatividade, além de rapidez nas atividades humanas.

De certo, igualmente compreender que tais inovações estão atreladas a novas conjecturas do desenvolvimento, com ramificações para as mais diversas áreas.

É nesse norte que se encaixam as compras virtuais, de modo que com o crescente crescimento dessa modalidade de comércio torna-se absolutamente natural que os diversos Estados-membros de nossa Federação esbravejem ao sentirem diminuída sua arrecadação.

No entanto, não é razoável que a voracidade arrecadatória do Estado avance indiscriminadamente sobre os mais diversos atos da vida cotidiana dos contribuintes, restringindo a liberdade e a propriedade dos cidadãos.

Nesse linear, incontestável é o espírito do mecanismo tributário estudado, consubstanciado em verdadeira bitributação, para não falar em “assalto” ao bolso já esfarpado do contribuinte brasileiro.

Pelo relatado, de uma clareza meridiana a inconstitucionalidade do mecanismo da bitributação do ICMS, dada a nitidez constitucional e infraconstitucional dos instrumentos normativos no que concerne a incoerente cobrança dúplice do referido tributo, no que tange a compras via internet ou telemarketing.

Sendo assim, embora considere a cobrança do ICMS no destino ilegal, perspicaz e importante é a defesa de uma solução para a disputa em comento, através de lei complementar ou uma regulamentação, situação que verbera ainda mais o clamor da sociedade por uma rápida, justa e pautada reforma tributária nacional.

ABSTRACT

This paper, through a positivist analysis , that doesn't leave aside doctrine and jurisprudence, aims to explain the recent phenomenon of double taxation of ICMS on purchases made via Internet. Besides the analysis of the points of conflict between the Member States of the Federation, it will be given special attention to the study of the unconstitutionality of this mechanism. In addition, it will be shown its total incompatibility with the national tax system.

KEYWORDS: Tax. Double taxation. ICMS. Unconstitutionality

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 de março de 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 12 de out. 2012.

_____. Lei Complementar nº 87, publicada em 13 de setembro de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm. Acesso em: 12 de out. 2012.

_____. Lei nº 5.172, publicada em 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 12 de out. 2012.

_____. Lei nº 9.582, publicada em 15 de dezembro de 2011. Disponível em http://201.73.83.244:8082/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/10199_texto_integral. Acesso em: 12 de out. 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2010. Rio de Janeiro: Forense.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Manual de Direito Tributário*. 8ª ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2009.

_____. Protocolo ICMS 21, publicado em 07 de abril de 2011. Disponível em http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/protocolos/ICMS/2011/pt021_11.htm. Acesso em: 12 de out. 2012.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Adin 4565, Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 12 de out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Adin 4705, Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 12 de out. 2012.

HARADA, Kioyshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.