

# Estado da Bahia

GABINETE  
DO  
GOVERNADOR

Salvador, 30 de setembro de 2011.

Exmo. Sr. Ministro **Luiz Fux**,

**ADI 4628**

Em atendimento ao Ofício STF, no qual foram solicitadas informações a respeito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4628, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio - CNC, cumpre-nos tecer as informações abaixo, nos termos do art. 10, *caput*, da Lei 9868/99, que bem evidenciam a improcedência da medida liminar requerida.

Alegando violação aos artigos 155, § 2º, VII, "b"; 150, IV e V e § 7º todos da Constituição Federal, a CNC objetiva a declaração de inconstitucionalidade do PROTOCOLO 21/2011/CONFAZ, que exige das empresas que atuam no denominado comércio eletrônico (*e-commerce*) o recolhimento de ICMS sobre operações virtuais que destinem mercadorias ou bens ao Estado da Bahia e outras unidades da Federação. É a seguinte a redação da norma impugnada: *A*

# Estado da Bahia

GABINETE  
DO  
GOVERNADOR

“PROTOCOLO ICMS 21, DE 1º DE ABRIL DE 2011.

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.

OS ESTADOS DE ACRE, ALAGOAS, AMAPÁ, BAHIA, CEARÁ, ESPÍRITO SANTO, GOIÁS, MARANHÃO, MATO GROSSO, PARÁ, PARAÍBA, PERNAMBUCO, PIAUÍ, RIO GRANDE DO NORTE, RORAIMA, RONDÔNIA E SERGIPE E O DISTRITO FEDERAL, NESTE ATO REPRESENTADOS PELOS SECRETÁRIOS DE FAZENDA, FINANÇAS, RECEITA OU TRIBUTAÇÃO E GERENTE DE RECEITA, REUNIDOS NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, NO DIA 1º DE ABRIL DE 2011, FUNDAMENTADOS NO DISPOSTO NOS ARTS. 102 E 199 DA LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966 (CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL), E NO ART. 9º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87, DE 13 DE SETEMBRO DE 1996,

CONSIDERANDO QUE A SISTEMÁTICA ATUAL DO COMÉRCIO MUNDIAL PERMITE A AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS E BENS DE FORMA REMOTA;

CONSIDERANDO QUE O AUMENTO DESSA MODALIDADE DE COMÉRCIO, DE FORMA NÃO PRESENCIAL, ESPECIALMENTE AS COMPRAS POR MEIO DA INTERNET, TELEMARKETING E SHOWROOM, DESLOCOU AS OPERAÇÕES COMERCIAIS COM CONSUMIDOR FINAL, NÃO CONTRIBUINTES DE ICMS, PARA VERTENTE DIFERENTE DAQUELA QUE OCORRIA PREDOMINANTE QUANDO DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988;

CONSIDERANDO QUE O IMPOSTO INCIDENTE SOBRE AS OPERAÇÕES DE QUE TRATA ESTE PROTOCOLO É IMPOSTO SOBRE O CONSUMO, CUJA REPARTIÇÃO TRIBUTÁRIA DEVE OBSERVAR ESTA NATUREZA DO ICMS, QUE A CARTA MAGNA NA SUA ESSÊNCIA ASSEGUROU ÀS UNIDADES FEDERADAS ONDE OCORRE O CONSUMO DA MERCADORIA OU BEM;

CONSIDERANDO A SUBSTANCIAL E CRESCENTE MUDANÇA DO COMÉRCIO CONVENCIONAL PARA ESSA MODALIDADE DE COMÉRCIO, PERSISTINDO, TODAVIA, A TRIBUTAÇÃO APENAS NA ORIGEM, O QUE NÃO COADUNA COM A ESSÊNCIA DO PRINCIPAL IMPOSTO ESTADUAL, NÃO

# Estado da Bahia

GABINETE  
DO  
GOVERNADOR

PRESERVANDO A REPARTIÇÃO DO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DESSA OPERAÇÃO ENTRE AS UNIDADES FEDERADAS DE ORIGEM E DE DESTINO, RESOLVE CELEBRAR O SEGUINTE

## PROTOCOLO

CLÁUSULA PRIMEIRA ACORDAM AS UNIDADES FEDERADAS SIGNATÁRIAS DESTE PROTOCOLO A EXIGIR, NOS TERMOS NELE PREVISTOS, A FAVOR DA UNIDADE FEDERADA DE DESTINO DA MERCADORIA OU BEM, A PARCELA DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO - ICMS - DEVIDA NA OPERAÇÃO INTERESTADUAL EM QUE O CONSUMIDOR FINAL ADQUIRE MERCADORIA OU BEM DE FORMA NÃO PRESENCIAL POR MEIO DE INTERNET, TELEMARKETING OU SHOWROOM.

PARÁGRAFO ÚNICO. A EXIGÊNCIA DO IMPOSTO PELA UNIDADE FEDERADA DESTINATÁRIA DA MERCADORIA OU BEM, APLICA-SE, INCLUSIVE, NAS OPERAÇÕES PROCEDENTES DE UNIDADES DA FEDERAÇÃO NÃO SIGNATÁRIAS DESTE PROTOCOLO.

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 SEGUINTE 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.

# Estado da Bahia

GABINETE  
DO  
GOVERNADOR

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.

CLÁUSULA QUARTA 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), EXCETO QUANDO O REMETENTE SE CREDENCIE NA UNIDADE FEDERADA DE DESTINO, HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO SERÁ FEITO ATÉ O DIA NOVE DO MÊS SUBSEQÜENTE À OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

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;

II - SIGNATÁRIA DESTE PROTOCOLO REALIZADA POR ESTABELECIMENTO REMETENTE NÃO CREDENCIADO NA UNIDADE FEDERADA DE DESTINO.

CLÁUSULA QUINTA O DISPOSTO NESTE PROTOCOLO NÃO SE APLICA ÀS OPERAÇÕES DE QUE TRATA O CONVÊNIO ICMS 51/00, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2000.

CLÁUSULA SEXTA FICA FACULTADA À UNIDADE FEDERADA SIGNATÁRIA ESTABELECEER, EM SUA RESPECTIVA LEGISLAÇÃO, PRAZOS DIFERENCIADOS PARA O INÍCIO DE APLICABILIDADE DESTE PROTOCOLO, RELATIVAMENTE AO TIPO DE DESTINATÁRIO: PESSOA FÍSICA, PESSOA JURÍDICA E ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA, INCLUSIVE SUAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES.

CLÁUSULA SÉTIMA ESTE PROTOCOLO ENTRA EM VIGOR NA DATA DE SUA PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL

# Estado da Bahia

GABINETE  
DO  
GOVERNADOR

DA UNIÃO, PRODUZINDO EFEITOS A PARTIR DO 1º DIA DO MÊS SUBSEQUENTE AO DA PUBLICAÇÃO.”

A premissa básica adotada pela CNC reside no entendimento de que não é devido o ICMS ao Estado da Bahia por considerar como inexistente **operação intermediária**, que normalmente ocorreria entre representantes das empresas, localizadas **fisicamente** neste Estado, e o consumidor final.

Na ótica da CNC, por **inexistir tal intermediação de preposto fisicamente estabelecido neste Estado**, a compra e venda das mercadorias teria ocorrido diretamente pelo consumidor final a estabelecimento vendedor localizado em outra unidade da federação, sempre pela via da internet.

Assim, por conseguinte, tal operação se enquadraria nos termos do artigo 155, §2º, Inc. VII, “b”, da Constituição Federal, que determina seja aplicada a alíquota interna do Estado remetente do bem destinado a operação interestadual, ocorrida entre consumidor final e vendedor localizado em outro Estado.

Além disso, sustenta a CNC violação ao princípio da legalidade, dado que o CONFAZ, ao seu ver, criou imposto sem lei que o estabelecesse, ferindo o art. 150, I, da CF/88. ✗

# Estado da Bahia

GABINETE  
DO  
GOVERNADOR

De logo se vê que o raciocínio adotado pela entidade autora seria razoável, caso de fato a compra e venda tivesse ocorrido no Estado de origem. Ao contrário do quanto afirmado na exordial, evidencia-se, claramente, que **a compra e venda via internet**, longe de ser enquadrada como sendo **venda direta para consumidor final**, traduz-se, as claras, numa verdadeira compra e venda que **envolve intermediação**, nos moldes daquela feita por intermédio do meio físico, através de filiais dos Agravados (quando as possuem), localizados neste Estado.

O meio virtual difere do físico tão somente pela ausência, evidentemente, dos elementos físicos representativos das mercadorias negociadas, dado que, enquanto no **estabelecimento dito como varejo físico** a mercadoria, além de **visualizada**, poderá também ser **tocada, manuseada, portanto**, pelo futuro adquirente, no **estabelecimento virtual**, essa segunda hipótese - manuseio de mercadoria -, não ocorrerá.

No mais, em tudo se assemelham: Há **exposição do logotipo da empresa; exposição (vitrine) das mercadorias vendidas e do respectivo preço das mesmas; não há retirada simultânea à compra, dado relevante, posto que nenhuma empresa vendedora mantém estoque no local em que comercializado o bem, para imediata entrega do produto comercializado; os consumidores lesados recorrem ao Procon do Estado de**

# Estado da Bahia

GABINETE  
DO  
GOVERNADOR

**consumo para reclamarem dos defeitos dos produtos por eles adquiridos; os contratos se perfazem neste Estado, e etc.**

Denota-se, por conseguinte, que o meio virtual, em verdade se constitui numa espécie de Ponto de Venda - PDV da empresa matriz, ou seja, em uma **filial**.

Com efeito, em artigo intitulado "**Você Sabe O Que É PDV? - Pontos De Venda - Marketing**", publicado no site <http://www.artigonal.com/>, em 03/08/2009, Liz Gusmão, que se intitula aficionada por Marketing, Publicidade e Técnica de venda, acerca do que seja PDV, sua característica e objetivo, afirma que:

"Você já deve ter ouvido falar em PDV. Volta e meia, escuta em debates, em notícias ou em matérias de programas na TV e nos jornais as pessoas falando sobre PDV. Mas, você sabe o que quer dizer PDV?

Na verdade é muito simples; PDV significa "Ponto de Vendas". E exprime no universo ligado a propaganda, a administração de empresas e ao marketing um local específico dentro de uma loja ou mesmo a loja propriamente dita...

O PDV tem por objetivo ser mais um local de venda e atração de clientes para fortalecer o volume de produtos ou serviços ofertados e vendidos e, assim, provocar uma elevação no faturamento global das empresas. Funcionam

# Estado da Bahia

GABINETE  
DO  
GOVERNADOR

como uma pequena filial, colocada em pontos espalhados pelas cidades e que objetivam apenas dar o devido destaque àqueles produtos. Dando mais ênfase na compra por impulso e na visualização desses produtos; sendo enormes facilitadores para as vendas. São fundamentais para a exploração rentável de lugares exíguos e podem converter espaços, até então inúteis, em áreas de grande rentabilidade num ponto comercial."

Portanto, é perfeitamente possível, a nosso ver, equiparar-se a venda pela internet a uma espécie de filial, uma vez que, **embora não haja estabelecimento físico nesta operação**, não há como negar a existência de um **estabelecimento ainda que virtual**, no qual, como já dito, há exposição sistemática de mercadorias e preços, muitos dos quais extremamente atrativos, relativamente aos que são praticados pelos estabelecimentos físicos concorrentes localizados neste Estado, diga-se de passagem.

Veja que o conceito de estabelecimento previsto no §3º, do artigo 11 da LC nº87/96, prevê que: **"Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:"**. Percebe-se, portanto, que a edificação não é condição para a existência



# Estado da Bahia

GABINETE  
DO  
GOVERNADOR

de estabelecimento, podendo, como é o caso, existir um estabelecimento virtual.

A norma contida no Protocolo CONFAZ não fere nenhum dispositivo da Constituição Federal. Diante do quanto acima exposto, não há que se falar em **venda direta pela internet**, Primeiro ponto! Os **sites operacionalizados pelas empresas e-commerce não passam de uma filial, de um PDV, devendo, por este motivo, ser inscrito neste Estado**, Segundo Ponto!

Com efeito, a regra do artigo 155, §2º, alínea "b", da Constituição Federal, diz respeito às hipóteses em que a compra e venda de bens e serviços se fazia de forma tradicional, na qual o consumidor se deslocava fisicamente até outra unidade federativa, e ali efetivava a compra do bem. De igual sorte, a saída do produto ou o início da prestação do serviço ocorria, em sua inteireza, no Estado fornecedor, o qual, por suposto, auferia a receita total do imposto incidente na operação ou prestação de serviço, porque ocorrida inteiramente nos limites do seu território.

Todavia, esta forma tradicional de compra e venda evoluiu com o crescimento do comércio eletrônico. Na realidade atual, não há deslocamento físico do consumidor final ao Estado fornecedor/produtor da

# Estado da Bahia

GABINETE  
DO  
GOVERNADOR

**mercadoria.** Do mesmo modo que a compra não se efetiva naquele Estado, mas em um *site (PDV)*.

Esse dado - **compra no Estado consumidor por adquirente nele fixado - distorce o regramento adotado pelo artigo 155 supracitado.** O consumidor neste Estado adquire a mercadoria, quer do ambiente físico, quer do virtual por **intermediação** de prepostos dos Impetrantes. Ambos, portanto, devem estar **cadastrados** junto a Secretaria da Fazenda, a fim de registrar suas operações, e recolher o imposto devido a este Estado.

Antes indisciplinada a cobrança do ICMS, competiu ao Estado, inicialmente, alterar o Regulamento do ICMS/BA, através do **Decreto Estadual n. 12.534, de 23 de dezembro de 2010**, e nele introduzir o art. 352-B, visando unicamente disciplinar a cobrança do ICMS incidente nas aquisições interestaduais efetuadas diretamente pelo consumidor baiano, através da internet ou serviço de telemarketing, adotando a mesma **sistemática aplicável às vendas interestaduais realizadas por empresa não inscrita no território baiano, o seja, a cobrança do ICMS correspondente à aplicação da alíquota interna do Estado da Bahia, deduzindo-se o crédito correspondente à alíquota interestadual.**

Assim, o Protocolo 21/2011 veio somente realizar uma interpretação evolutiva das normas inseridas

# Estado da Bahia

GABINETE  
DO  
GOVERNADOR

no art. 155, § 2º, inciso VII, "a" e "b" e inciso VIII da CR/88. Com efeito, segundo o sistema tributário inserido na Constituição Federal, a tributação do ICMS seguiu a tendência de privilegiar a tributação para o destino, ou seja, a maior parte do ICMS da operação interestadual geralmente é pago para o Estado em que ocorre a última venda, até porque o dispêndio econômico de toda cadeia produtiva e comercial é suportado pelo consumidor final.

Por outro lado, ao contrário do que alega a CNC, não há qualquer inovação ou criação de um novo fato gerador do ICMS ou à atribuição de responsabilidade tributária não prevista na legislação. O Protocolo acima transcrito apenas regulamenta a tributação feita através da internet.

Com efeito, na hipótese de compra interestadual de mercadoria efetuada através de empresa não inscrita em território baiano (o endereço eletrônico da empresa verejista localizada em outro Estado da Federação equipara-se, para fins de tributação, a um estabelecimento não inscrito no cadastro estadual) autoriza a cobrança antecipada da diferença de alíquotas do imposto no momento da entrada da mercadoria no território deste estado, não houve inovação na hipótese de incidência.

Anote-se que ICMS é, em regra, devido na origem, isto é, ao Estado em que se realiza a operação mercantil, o que se dá no local onde localizado o

# Estado da Bahia

GABINETE  
DO  
GOVERNADOR

estabelecimento industrial comercial ou produtor, por força de uma operação mercantil realizada, sendo irrelevante se o destinatário está situado no mesmo ou em outro Estado<sup>1</sup>.  
Todavia, se a operação mercantil se iniciou em outro Estado, é devido o imposto na condição supramencionada, porque o aspecto espacial do imposto sobre circulação de mercadoria não ficou circunscrito a um único local da Federação!

Com efeito, compreendido o contexto em que se passa a compra e venda pela internet, não há nenhuma plausibilidade no direito sustentado pela entidade autora.

Ao revés, na medida em que a carga tributária não está sendo igualitariamente suportada pelos contribuintes que negociam neste Estado, violando-se assim a ordem jurídica, perpassa evidente que o prejuízo ocasionado ao Estado da Bahia é de considerável monta, ocorrendo a figura do *periculum in mora* inverso.

Com efeito, no caso em particular, estima-se que o Estado da Bahia perderá com o comércio eletrônico, nos termos em que sustentado pelos Impetrantes, **R\$82.947.831,12 (OITENTA E DOIS MILHÕES, NOVECENTOS E QUARENTA E SETE MIL, OITOCENTOS E TRINTA E HUM REAIS E DOZE**

<sup>1</sup> Op. Cit. (COSTA), p. 375.

# Estado da Bahia

GABINETE  
DO  
GOVERNADOR

**CENTAVOS)** de receita tributária, conforme estudo da Secretaria de Fazenda.

Em síntese, ficou patenteado o seguinte:

A) Não haver venda direta (e sim intermediada) a consumidor final a partir do estado de origem;

B) Por outro lado, há neste Estado venda a consumidor final com **intermediação do meio virtual**;


C) Essa intermediação de venda por meio virtual assemelha-se em tudo a do meio físico;

D) Sendo certo que o meio físico sofre tributação neste estado, não há violação aos dispositivos constitucionais. Aliás, se **inconstitucionalidade** houvesse seria por conceder **tratamento fiscal diferenciado** a contribuinte que venda mercadorias por meio eletrônico; (CF/88 art.5º, *caput.*)

Do exposto, requer seja negada a medida liminar pleiteada e, no mérito, julgada improcedente a ação direta.

Salvador, 30 de setembro de 2011.

  
**Jaques Wagner**  
Governador do Estado da Bahia

  
**Joselita Cardoso Leão**  
Procuradora Geral do Estado em exercício