



**ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DE ATUAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX, DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL, EMÉRITO RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE N° 4.628/DF**

Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.628/DF

Requerente : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS SERVIÇOS E TURISMO - CNC
Interessados : ESTADO DO ACRE E OUTROS
Relator : MINISTRO LUIZ FUX

O **ESTADO DE SERGIPE**, pessoa jurídica de direito público, inscrito no CNPJ/MF sob o número 13.166.970/0001-03, neste ato representado, nos moldes do quanto estabelecido na Constituição Federal de 1988, artigo 132, combinado com o artigo 120 da Constituição Estadual e com o artigo 12, I, do Código de Processo Civil, pela Procuradoria-Geral do Estado, através do procurador abaixo firmado, com endereço para onde deverão ser encaminhados todos os comunicados dos atos processuais sito no SRTVS - Quadra 701, Bloco 02/04, Conjunto "E", Salas 620/621 - Edifício Palácio do Rádio II - Asa Sul - Brasília-DF. CEP: 70.340-902, vem, perante Vossa Excelência, nos termos da Lei federal n° 9.868/99, **PRESTAR AS INFORMAÇÕES** de estilo, tendo em vista as razões de fato e de direito aduzidas:



ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DE ATUAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

1. BREVE SÍNTESE DA AÇÃO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS SERVIÇOS E TURISMO - CNC**, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do **Protocolo ICMS n. 021/2011/CONFAZ**, sob os seguintes fundamentos:

a) violação do artigo 155, § 2º, VII, alínea "b", da Constituição da República Federativa do Brasil¹, sob o argumento de que a exigência por parte das unidades federadas, relativas ao comércio eletrônico, nos termos do aludido protocolo, é devido somente à unidade federada de origem e jamais à unidade de destino, no qual o adquirente se encontra sediado, quando o destinatário não for contribuinte do ICMS;

b) afronta ao artigo 150, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil², uma vez que a cobrança do ICMS sobre os adquirentes consumidores finais, ou seja, pessoas não contribuintes do ICMS, mediante aplicação da alíquota interna em favor da unidade federada de destino, gera grave distorção e insuportável acréscimo a tributação do ICMS;

c) ofensa ao artigo 150, V, da Constituição da República Federativa do Brasil³, pelo fato da cobrança previsto no referido Protocolo se caracterizar como restrição ou limitações ao tráfego de pessoas e bens entre as unidades federadas;

¹ CF. Art. 150. (...) § 2º. 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: (...) b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

² CF. Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

³ CF. 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;



ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DE ATUAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

d) violação ao artigo 150, § 7º, da Constituição da República Federativa do Brasil⁴, pelo fato da cobrança prevista no Protocolo nº 21/2011 configurar regime de tributação na modalidade de substituição tributária sem que a prévia existência de lei complementar federal para atender a exigência do artigo 155, §2º, XII, "b" da Constituição e em face das disposições contidas no artigo 6º da Lei Complementar Nacional nº 87/96.

2. ESCLARECIMENTO INICIAL: AUSÊNCIA DE INCORPORAÇÃO DO PROTOCOLO ICMS Nº 021/2011/CONFAZ À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE SERGIPE

Impede, por primeiro, esclarecer que apesar de o Secretário de Fazenda do Estado de Sergipe assinar o Protocolo ICMS n. 021/2011/CONFAZ, até o presente momento, o mencionado ajuste **não foi incorporado à legislação tributária estadual sergipana**.

Dessa maneira, o indigitado Protocolo **não produziu qualquer efeito concreto** no âmbito do território do Estado de Sergipe.

3. INCABIMENTO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DE ATOS PRATICADOS PELO CONFAZ, DESTITUÍDOS DE FUNÇÃO NORMATIVA. NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA.

É de curial sabença que a simples adesão dos Estados ao indigitado Protocolo não tem o condão de, só por só, impor qualquer obrigação tributária aos contribuintes, face ao seu caráter meramente autorizativo.

O Protocolo ICMS n. 021/2011/CONFAZ, objeto da presente ação direta, não é apto a gerar quaisquer efeitos normativos, porquanto, nos termos dos arts. 1º e 7º da Lei Complementar nº 24/75, art. 97, incisos I, II e III, do Código

⁴ CF. Art. 150. (...) § 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de impostos ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.



ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DE ATUAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Tributário Nacional c/c art. 155, § 2º, inciso XII, alíneas "a", "c", "d" e "g", da Constituição, há a necessidade de ratificação do ajuste pelo Estado aderente, por meio de ato normativo próprio.

Os convênios e os protocolos estabelecidos no âmbito do CONFAZ, na conhecida lição do mestre GERALDO ATALIBA, não dá nem tira direito a nenhuma Fazenda e a nenhum contribuinte. Não cria direito de natureza tributária nem em benefício, nem em detrimento de ninguém.

O Protocolo, assim, nada mais é do que o objeto da convergência de diversas declarações de vontade e não uma norma jurídica inserida no ordenamento jurídico. Trata-se de uma autorização para implementação de uma determinada política fiscal, cuja concreção depende de ato normativo posterior que sequer se tem a certeza de sua implementação, porquanto dependente de uma decisão discricionária de cada Estado-membro, dentro de sua autonomia político-administrativa.

O Ministro Cezar Peluso, Relator da ADI nº 3.103, destacada na peça de ingresso, assim se manifestou quanto ao cabimento de controle concentrado de constitucionalidade de protocolo de ICMS:

"(...)

*Pode, dependendo do conteúdo e do alcance, constituir instrumento só administrativo, **aplicável apenas aos Estados signatários**, ou, como se dá no caso, assumir a função de ato normativo, tendente a disciplinar também, com abstração e generalidade, comportamento de terceiros, como os contribuintes.*

Nesta hipótese, é suscetível de controle direto".

No caso específico da presente ação, é inconteste que o instrumento objurgado tem natureza meramente administrativa e autorizativa, aplicável apenas aos Estados signatários que, consoante adrede mencionado, poderão ou não incorporar à sua



ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DE ATUAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

legislação tributária interna as disposições previstas no ajuste. Até lá, como é o caso do Estado de Sergipe, não há como imputar ao mencionado Protocolo qualquer função normativa.

Nesse contexto, o Protocolo ICMS n. 021/2011/CONFAZ não é apto a gerar efeitos normativos em matéria tributária e, inexistindo ato normativo no âmbito do Estado de Sergipe, incorporando o indigitado Protocolo à legislação tributária estadual, impõe-se reconhecer o incabimento da presente ação direta, diante da **impossibilidade jurídica do seu objeto**, reconhecendo-se, assim a carência do direito de ação.

4. DA ILEGITIMIDADE DA AUTORA

Consoante será melhor explicitado adiante, mas que se depreende facilmente dos termos do mencionado Protocolo, não estamos diante de criação, mojoração ou diminuição de tributo, mas, sim, de regulamentação em relação à forma de distribuição de um imposto, **sem qualquer espécie de repercussão nas alíquotas estabelecidas em lei**.

Nessa linha, não é necessário maior esforço mental para se chegar à conclusão de que as empresas vendedoras, na condição de mera substituta tributária, não estão sendo diretamente atingida pelo Protocolo, uma vez que, por tratar de regramentos que dizem respeito apenas à **forma de distribuição de ICMS**, não irão suportar qualquer prejuízo de cunho material.

Dessa maneira, quem poderia, ao menos em tese, alegar prejuízo com a implementação das orientações constantes no citado protocolo são apenas as Unidades Federativas de origem das mercadorias ou bens adquiridos pelas modalidades comerciais em apreço que não aderiram ao mencionado ajuste, e não as empresas que os comercializam.

De fato, a orientação do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucional-



ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DE ATUAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

lidade por confederações nacionais, é de aplicação do critério de **pertinência temática** entre os fins estatutários da entidade nacional e o conteúdo material da regra impugnada.

Deveras, as referidas entidades classistas de âmbito nacional representam interesses privados, o que gera a certeza de que não são competentes para o domínio pleno do controle de constitucionalidade, a exemplo do que ocorre com os demais legitimados, daí porque consignar a exigência da pertinência temática da impugnação direta.

Assim, em razão do pressuposto da pertinência temática para fins de legitimidade em Ação Direta de Inconstitucionalidade, verifica-se que a confederação requerente, no caso presente, não atende ao requisito, pois que não está entre os seus objetivos estatutários a matéria envolvida nas disposições do citado Protocolo, aqui hostilizadas, porquanto - ao contrário do que foi asseverado - não há qualquer repercussão direta sobre suas operações, inexistindo qualquer acréscimo à tributação de ICMS.

O Protocolo ICMS n. 021/2011/CONFAZ - repisa-se - apenas tem o propósito de fixar nova forma de distribuição do ICMS entre os entes da Federação, nas operações de que cuida, dentro dos princípios constitucionais.

Nos termos do entendimento balizado por essa Suprema Corte, **"a pertinência temática há de fazer-se na via direta"** (ADI 1508 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/1996, DJ 29-11-1996 PP-47156 EMENT VOL-01852-01 PP-00104).

Nesse sentido, remansosa a jurisprudência dessa Suprema Corte sobre o tema:

EMENTA Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Confederação dos Servidores Públicos do Brasil e Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Ausência de pertinência temática. 1. **Não há pertinência temática entre o objeto social da Confederação Nacional dos Servidores Públicos do Brasil,**



ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DE ATUAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

que se volta à defesa dos interesses dos servidores públicos civis, e os dispositivos impugnados, que versam sobre o regime de arrecadação denominado de "Simple Nacional". 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ADI 3906 AgR, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2008, DJe-167 DIVULG 04-09-2008 PUBLIC 05-09-2008 EMENT VOL-02331-01 PP-00025 RTJ VOL-00206-02 PP-00609)

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL. Falta de legitimidade ativa. - Na ADI 1.792, a mesma Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL não teve reconhecida sua legitimidade para propô-la por **falta de pertinência temática entre a matéria disciplinada nos dispositivos então impugnados e os objetivos institucionais específicos dela**, por se ter entendido que os notários e registradores não podem enquadrar-se no conceito de profissionais liberais. - Sendo a pertinência temática requisito implícito da legitimação, entre outros, das Confederações e entidades de classe, e requisito que não decorreu de disposição legal, mas da interpretação que esta Corte fez diretamente do texto constitucional, esse requisito persiste não obstante ter sido vetado o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.868, de 10.11.99. É de aplicar-se, portanto, no caso, o precedente acima referido. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.

(ADI 2482, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2002, DJ 25-04-2003 PP-00032 EMENT VOL-02107-01 PP-00168)

LEGITIMAÇÃO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ENTIDADE SINDICAL. Somente as confederações possuem legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. O fato de a federação atuar no âmbito nacional e, portanto, de forma abrangente, não a legitima. Diante da dualidade contemplada no inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal, tampouco cabe enquadrá-la, na espécie, como entidade de classe de âmbito nacional. LEGITIMAÇÃO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ENTIDADE SINDICAL - PERTINÊNCIA TEMÁTICA. **Em se tratando quer de confederação sindical, quer de entidade de classe de âmbito nacional, cumpre, para definição da legitimidade ativa na ação direta de inconstitucionalidade, examinar a pertinência temática, tendo em vista o objetivo social, previsto no estatuto, e o alcance da norma atacada.** Isso não ocorre quando a entidade sindical de trabalhadores impugna diploma legal, como é a Lei nº 2.470/95, do Rio de Janeiro, regedor da privatização. **A pertinência temática há de fazer-se na via direta.**

(ADI 1508 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/1996, DJ 29-11-1996 PP-47156 EMENT VOL-01852-01 PP-00104)



ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DE ATUAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Logo, face à indubitosa ausência de cumprimento do requisito da pertinência temática, entre o conteúdo das normas hostilizadas e os fins estatutários da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS SERVIÇOS E TURISMO - CNC, uma vez que não há interesse direto dos representados nesta ação direta, constata-se a ilegitimidade da requerente para propor a presente ADI, nos termos do art. 103, IX, da Constituição Federal.

Por faltar legitimidade processual ativa à requerente, deve esta ação direta ser extinta, sem apreciação de seu mérito, nos exatos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

5. DA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO

5.1 - DA REALIDADE DOS FATOS

O autor pretende aplicar em seu favor as disposições supra da Carta Magna e, para tanto, articula em sua inicial fatos que induzem a pensar que trata de operações de vendas interestaduais quando na verdade o que ocorre, na quase totalidade das vezes, é a ocorrência do fato gerador do ICMS dentro do território da unidade federada consumidora.

Ora, sábios e prudentes Ministros, o que efetivamente ocorre, sob o rótulo de venda não presencial por meio de internet, telemarketing ou "showroom", é a montagem de estabelecimentos comerciais, sob o disfarce de estandes, nas quais se viabiliza a venda para o consumidor final, a fim de evitar a tributação da verdadeira operação, ou seja, a operação de venda dentro do território sede do consumidor adquirente.

Nesse contexto, ocorrem várias operações de vendas de mercadorias dentro do Estado de Sergipe sem que haja o pagamento do ICMS, em que pese a operação ocorrer em nosso



**ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DE ATUAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Estado sob o rótulo de venda não presencial por meio de internet, telemarketing ou "showroom".

Seguindo nessa trilha, destacamos as disposições contidas no artigo 11, I, "a" da Lei Complementar Federal nº 86/97 nas quais **define como local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do ICMS e definição do estabelecimento responsável, o local do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador.**⁵

Por fim, não se discute que o fato gerador em tais casos ocorre dentro do Estado destinatário, sob o rótulo de venda não presencial e, com isso, não há como querer subsumir tais fatos aos dispositivos da Carta Magna que, segundo o Autor, foram supostamente violados.

Desta feita, há uma tentativa de aplicação equivocadamente dos fatos ao direito invocado.

5.2 - INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DISPOSIÇÕES DA CARTA MAGNA

Não há o que falar em violação de qualquer disposição da Carta Magna porque os fatos trazidos aos autos omitem a realidade, qual seja: **montagem de estabelecimentos comerciais, sob o disfarce de estandes, nas quais se viabiliza a venda para o consumidor final, a fim de evitar a tributação da verdadeira operação, ou seja, a operação de venda dentro do território sede do consumidor adquirente.**

Deveras, **nas operações de venda não presencial constatamos claramente a existência de estabelecimento virtual com sede no município destinatário das mercadorias,** uma vez que é ali em que o consumidor pratica operação sujeita ao fato gerador do ICMS.

⁵ Lei Complementar Federal nº 87/96. Art. 11. 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;



**ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DE ATUAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Novamente, relembramos o que já fora dito no sentido de que as disposições contidas no artigo 11, I, "a", da Lei Complementar Federal nº 86/97 **define como local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do ICMS e definição do estabelecimento responsável, o local do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador.**⁶

Acontece que as empresas ".com", que atuam no denominado e-commerce, apresentam diversas peculiaridades e especificidades funcionais, técnicas e tecnológicas, ou seja, **não se enquadram no conceito clássico e tradicional de estabelecimento comercial, em sua forma física.** Na verdade, a realidade atual é outra, e não se contenta com as interpretações casuísticas que o autor busca incutir.

Com efeito, não é nenhuma novidade que as disposições contidas no artigo 155, § 2º, incisos VII e VIII, da Constituição Federal, **foram editadas e balizadas na realidade do passado recente**, onde o consumidor, para adquirir determinado produto, bem ou serviço, tinha que se deslocar até um estabelecimento comercial físico.

Todavia, **no caso do e-commerce a situação é deveras diferenciada**, pois, nessa hipótese, quando o consumidor necessita adquirir determinado produto, bem ou serviço, não há a necessidade de que este se desloque para um determinado estabelecimento comercial, em sua concepção física. Tal operação é feita em sua residência, no conforto do seu lar, ou outro local onde esteja à sua disposição um computador. **A compra é feita de forma autônoma, via sistema tecnológico.**

Assim, em casos tais, o consumidor não comparece fisicamente em um estabelecimento da loja vendedora para aquisição do produto. **É O ESTABELECIMENTO COMERCIAL QUE COMPARECE VIRTUALMENTE PERANTE O USUÁRIO/CONSUMIDOR, POR MEIO DA WEB.**

⁶ Lei Complementar Federal nº 87/96. Art. 11. 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;



**ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DE ATUAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Nessa esteira, forçoso é concluir que o conceito de estabelecimento hodiernamente, mormente quando se trata de empresas que desenvolvem suas atividades no ambiente virtual, sofreu profundas alterações, **não mais se satisfaz com a noção de local físico ou jurídico.**

Para empresas que atuam conectadas à rede mundial de computadores, o estabelecimento passa a ser muito mais do que uma realidade física ou jurídica. **SEU ESTABELECIMENTO É UMA REALIDADE VIRTUAL**, o que significa dizer que uma empresa dessa natureza é capaz de funcionar de forma autônoma **em qualquer computador** que esteja conectado à internet.

Cada uma das pessoas que o acessa tem condições de realizar operações, usufruindo das ferramentas ali disponibilizadas.

É a hipótese dos inúmeros sites de compra que se encontram à disposição na internet, os quais, uma vez acessados, possibilitam que o interessado escolha e adquira um produto, pagando o preço correspondente por meio de boleto bancário, cartão de crédito, etc. **Todo o procedimento verifica-se, de forma virtual, no local onde está situado o consumidor, e não no local onde as empresas que atuam no e-commerce estão fisicamente sediadas.**

Nessa nova realidade, o estabelecimento da empresa **não corresponde a um prédio**, onde estão instalados seus equipamentos, mas, sim, ao **ambiente virtual**, no qual **o estabelecimento da empresa se "tele-transporta" para o computador de todas as pessoas que estejam acessando o respectivo site.**

Assim é que, numa visão hodierna, o conceito clássico de estabelecimento comercial já se encontra superado, devendo as normas de Direito Tributário vigentes serem **interpretadas** de forma a encampar as novas realidades tecnológicas trazidas pela rede mundial de computadores, por meio da qual é possível



**ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DE ATUAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

que uma empresa funcione sem mesmo ter endereço físico para os usuários destinatários de suas mercadorias, bens ou serviços. **NÃO SE TRATA MAIS DE ENDEREÇAR UMA EMPRESA POR RUA OU AVENIDA, BAIRRO, CIDADE, ESTADO, MAS, SIM, POR MEIO DE UM SINGELO ENDEREÇO ELETRÔNICO ('WWW').**

É este tipo de contexto que reclama a exegese estatal e jurisdicional a respeito do tema, no sentido de **desconsiderar a realidade formal** das empresas de *e-commerce*, e **ater-se à realidade fática tributável**, entendendo que a operação de **venda por meio virtual para os consumidores deste Estado aperfeiçoa-se em solo sergipano, ou seja, na casa ou domicílio do usuário/consumidor**, e, por conseguinte, parte do ICMS resultante de tal operação deve ser direcionada para o Estado de destino da mercadoria ou bem adquirido.

A bem da verdade, com essa nova realidade, pode-se afirmar, com absoluta certeza, que o estabelecimento da empresa que atua no denominado *e-commerce* inicia-se no local onde estejam localizados seus equipamentos - tais como, servidores, computadores, modems, etc. -, bem como seus técnicos, e estende-se até o computador do usuário que esteja acessando o serviço *on line* em um determinado momento. **Cuida-se de uma espécie de mobilidade de estabelecimento, diante da possibilidade de navegação na rede.**

Assim, em termos virtuais, **o estabelecimento da empresa vendadora está presente em cada uma das residências de seus usuários**, de tal sorte que se pode afirmar que, no caso de empresas que operam pela rede mundial de computadores, ocorre uma particularidade: **o ato praticado pelo usuário para aderir a oferta que foi disponibilizada em seu computador limita-se ao acesso virtual, ao passo que o próprio estabelecimento da vendadora deslocou-se virtualmente para o computador do usuário/consumidor.**

Portanto, forçoso é concluir que o estabelecimento da empresa que atua no *e-commerce* não corresponde apenas à sua estrutura física, que pode estar localizada em Estado diverso



ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DE ATUAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

daquele onde o consumidor está efetuando a operação comercial, mas, também, ao seu **estabelecimento virtual**, que, no caso, estará virtualmente localizado e disponibilizado no computador do usuário/consumidor.

Para o Direito Tributário, o que vale é a **realidade fática tributável**, tendo em vista que a adesão à oferta e o dispêndio econômico deu-se no local em que o estabelecimento virtual foi disponibilizado, ou seja, no caso do Estado de Sergipe, em solo sergipano e não noutro Estado, sede da empresa remetente.

Nesse diapasão, em face das especificidades da nova realidade tecnológica, **a interpretação das normas tributárias deve ser realizada de forma sistemática e teleológica, buscando-se efetivar no mundo jurídico o que a lei erigiu como princípio balizador do sistema tributário**, perpetrando, se for o caso, verdadeira *mutação constitucional* sobre as regras constitucionais aplicáveis à espécie, ajustando-as a essa nova realidade, inimaginável há mais de 20 anos, mas firmes no propósito do constituinte originário, especialmente de por fim às **desigualdades regionais** e ao **princípio federativo**, segundo o qual não deve ser admitido que Estados e Distrito Federal se locupletem uns às custas dos outros.

De outra banda, da singela leitura do Protocolo ICMS n. 021/2011/CONFAZ chega-se à nítida conclusão que **não** estamos diante de criação, majoração ou redução de tributo, mas, sim, de nova forma de repartição de um tributo já existente entre as unidades da Federação, **mantendo-se intactas as respectivas alíquotas**.

Noutro dizer, segundo o sistema tributário inserido na Constituição Federal de 1988, 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**.



**ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DE ATUAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Assim, quando o consumidor, **de forma presencial**, adquire a mercadoria em determinado estabelecimento comercial, o ICMS é devido, em sua integralidade, ao Estado onde a operação foi realizada, não havendo que se cogitar de repartição de receitas com o Estado onde aquele consumidor reside. **Certamente não é o que, em regra, ocorre com o denominado comércio virtual.**

Ora, é evidente que, nos tempos atuais, cuida-se de uma interpretação casuística e deveras ultrapassada, que revela visível afronta ao **princípio constitucional de partilha do ICMS**, cuja essência é promover a redução das gritantes desigualdades regionais que norteiam nosso país. Essa é a visão distorcida e casuística de Justiça tributária que a maioria dos Estados das Regiões Sul e Sudeste defendem, e, por isso, não aderiram ao Protocolo ICMS n. 21/2011/CONFAZ, em nítida afronta ao princípio acima destacado.

Verdade é que, segundo fontes especializadas, o comércio virtual cresce cerca de 50% (cinquenta por cento) ao ano, o que vem causando sérios prejuízos aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e parte do Centro Oeste, que, **em razão do esfacelamento do seu comércio local, vem sofrendo drástica redução ou, quando menos, estagnação, no que tange ao recolhimento de ICMS.**

É que, por questões óbvias, as empresas estabelecidas nas Regiões mais pobres e distantes dos grandes centros comerciais e industriais - que, no caso do Brasil concentram-se nas Regiões Sul e Sudeste -, acabam arcando com custos que inviabilizam a concorrência com as empresas que atuam no comércio virtual, que, em regra, estão sediadas nas regiões mais desenvolvidas.

Foi com o espírito de amenizar a flagrante injustiça tributária ora reinante, que vem se agravando com a galopante difusão do comércio virtual, que o Conselho Nacional de Política Fazendária, **com o apoio e adesão de 17 (dezesete)**



**ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DE ATUAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Estados e do Distrito Federal, após muitos estudos e debates, editou o Protocolo ICMS n. 21/2011, com o escopo de partilhar, de forma mais justa e proporcional, o ICMS resultante das operações comerciais encetadas por meio da internet, telemarketing ou showroom.

Aliás, não foi por outra razão que o Conselho Nacional de Política Fazendária, no ano de 2000, editou o Convênio CONFAZ/ICMS n. 51/2000, que teve por objeto implementar uma política mais justa em relação à repartição do ICMS entre os entes da Federação **no que tange ao comércio de veículos novos, com faturamento direto ao consumidor final, o qual encontra-se em pleno vigor.**

Certo é que, com a implementação do Protocolo em debate, além da justiça fiscal na partilha do ICMS, a medida vai fortalecer o comércio dos Estados mais vulneráveis, incrementando a competitividade do comércio local, gerando mais emprego e renda, evitando o fechamento de empresas, obstando a demissão de empregados do setor, bem como irá fomentar a arrecadação do Fisco, com repercussões na esfera de investimentos públicos de cunho social.

Na qualidade de subscritor do Protocolo ICMS n. 21/2011/CONFAZ, o Estado de Sergipe poderá editar normas sobre ***a exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente***".

Reprise-se: provável norma sergipana - posto ainda inexistente - com fundamento no Protocolo ICMS n. 21/2011/CONFAZ, **não está a criar, aumentar ou reduzir tributo, mas, apenas, regrado a partilha de ICMS nas operações mercantis derivadas do denominado e-commerce.**

Portanto, o Protocolo ICMS n. 21/2011/CONFAZ, não está eivados de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, tema este que continuará sendo abordado na sequência destas informações.



**ESTADO DE SERGIPE
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DE ATUAÇÃO JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

6. CONCLUSÃO

Ante o exposto, pugna-se, preliminarmente, pelo reconhecimento da **ausência de pertinência temática** entre o conteúdo das normas hostilizadas e os fins estatutários da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS SERVIÇOS E TURISMO – CNC, com a conseqüente extinção, sem apreciação de seu mérito, da presente ação, mercê da **falta de legitimidade processual ativa à requerente**.

Pugna-se, outrossim, pelo não conhecimento da presente ação direta ante a impossibilidade jurídica do seu objeto, questionando atos praticados pelo CONFAZ, **destituídos de função normativa**.

No caso de inacolhimento das preliminares suscitadas, pugna-se pelo reconhecimento da compatibilidade das normas impugnadas com a Constituição da República de 1988, de modo que a presente ação direta de inconstitucionalidade há de ser **julgada totalmente improcedente**.

São estas as informações a serem prestadas na ação direta de inconstitucionalidade epigrafada.

Brasília/DF, 30 de setembro de 2011.

André Luís Santos Meira
Procurador do Estado de Sergipe
OAB/SE 423-A