

O ICMS e as vendas por internet, telemarketing ou showroom

Dezenove (19) Unidades da Federação, basicamente localizadas no do Norte e do Nordeste, sentiram-se prejudicadas em relação ao ICMS gerado nas operações interestaduais virtuais ou de telemarketing em que as vendas são feitas diretamente para o consumidor final localizado em seus territórios, uma vez que todo o imposto dessas vendas é carreado para os Estados onde se localizam os vendedores, especialmente na época atual com o avanço enorme do chamado *e-commerce*. Como se sabe, essas Unidades Federativas são mais compradoras do que vendedoras, encontrando-se a massiva maioria das empresas que vendem por internet ou telemarketing localizada na Região Sul e Sudeste do Brasil.

Buscando minimizar o que consideram um prejuízo tributário, esses Estados celebraram o Protocolo ICMS nº 21/2011, que criou a figura do substituto tributário e passaram a exigir o ICMS calculado pela diferença de alíquota interna e interestadual, por meio de guia de recolhimento especial, quando da entrada da mercadoria nesses Estados.

Tal Protocolo, por óbvio, não está autorizado pela Constituição Federal.

Senão vejamos.

As empresas de telemarketing ou as que operam no mercado chamado *e-commerce* utilizam a alíquota interna para a remessa dessas mercadorias para consumidores finais localizados nas demais Unidades da Federação nas suas vendas diretas. Isto porque a Carta Magna brasileira assim dispõe, em seu art. 155, § 2º, inciso VII, alínea “b”:

“VII – em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) ...
- b) A alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;”

Como se vê, o dispositivo constitucional antes transcrito não equipara operações internas em que incide o ICMS àquelas em que o consumidor final tem localização em outro Estado, mas tão-somente define as alíquotas em razão da situação do consumidor final – se é contribuinte ou não.

Assim, é obrigatório que as empresas vendedoras por internet ou telemarketing paguem o ICMS para o Estado no qual estão localizadas, pela alíquota interna, as operações interestaduais que destinem mercadorias diretamente para consumidor final, não contribuinte do ICMS.

Se as empresas vendedoras porventura vierem a submeter-se em pagar essa diferença entre a alíquota interna e a interestadual (que em geral é de 10% sobre o valor da mercadoria), como pretende o Protocolo ICMS 21/2011, teriam suas operações comerciais bastante prejudicadas ou mesmo inviabilizadas em razão dessa enorme majoração da carga tributária.

Em reação a essa ilegalidade e inconstitucionalidade, muitos contribuintes aviaram ações judiciais contra esse malfadado Protocolo ICMS 21/2011, tendo obtido sistemáticas vitórias ao combaterem as normas estaduais daquelas Unidades da Federação que albergaram esse Protocolo. Muitas dessas normas estaduais já são objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), impetrada pelo Conselho Federal da OAB.

Enfim, penso que o Protocolo ICMS nº 21/2011 certamente está com os seus dias contados, pois peca por insanável inconstitucionalidade.

Rômulo de Jesus Dieguez de Freitas
Advogado Tributarista
romulo@maja.net.br