



SENADO FEDERAL

Senador Armando Monteiro

PARECER Nº , DE 2012

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 56, de 2011, que *altera os incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal para dispor sobre a alíquota interestadual do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, quando a operação ou a prestação ocorrer no âmbito do comércio eletrônico.*

RELATOR: Senador **ARMANDO MONTEIRO**

I – RELATÓRIO

Submete-se à apreciação desta Comissão a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 56, de 2011, de ementa em epígrafe, cujo primeiro signatário é o Senador LUIZ HENRIQUE. A proposição objetiva partilhar entre o Estado de origem e o de destino a receita do ICMS incidente sobre operação e prestação interestadual destinada a consumidor final não contribuinte do imposto, quando uma ou outra ocorrer por meio do comércio eletrônico. Na sistemática atual, o ICMS é apropriado na sua totalidade pelo Estado de origem, qualquer que seja o meio de celebração do negócio - o convencional ou o *e-commerce*.

Cabe notar que este critério de apropriação destoa da regra geral. Com efeito, nas operações e prestações interestaduais destinadas a contribuintes do imposto, o ICMS é dividido entre os Estados de origem e destino, mesmo que a mercadoria ou o serviço se destine a consumo final, caso em que cabe ao Estado de destino o imposto correspondente à diferença



entre a alíquota interna do Estado de destino e a interestadual, conhecida como “diferencial de alíquota”.

Para alcançar seu objetivo, o art. 1º da PEC acrescenta a alínea c ao inciso VII e altera o inciso VIII, ambos do § 2º do art. 155 da Carta Magna:

a) prevendo, para os casos em que a operação ou a prestação ocorra por meio do comércio eletrônico, a aplicação da alíquota interestadual, sendo o consumidor final contribuinte ou não do ICMS; e

b) atribuindo ao Estado de destino o diferencial de alíquota.

O art. 2º prevê que a emenda constitucional decorrente entrará em vigor no ano subsequente ao da publicação e após decorridos noventa dias desta.

Na bem-lançada justificção, os autores demonstram que o modelo de repartição da receita do ICMS entre o Estado de origem (produtor ou comercializador) e o Estado de destino (consumidor), que *parecia adequado no cenário de 1988, foi drasticamente modificado pela adoção de novas práticas comerciais, como o chamado comércio eletrônico. O e-commerce* consiste na compra e venda de bens e serviços utilizando as tecnologias de informação, entre elas a rede mundial de computadores (internet). A internet não está sujeita a fronteiras, permitindo que o consumidor, mesmo na mais remota cidadezinha do Brasil, tenha acesso, em seu domicílio, a produtos e serviços a preços acessíveis. Além disso, os estabelecimentos (lojas) virtuais estão “abertos” vinte e quatro horas por dia, atendendo de forma personalizada cada consumidor. Estabelecimento virtual é definido como a empresa em que o acesso ocorre através de páginas na internet. A realização da compra é definida no computador do consumidor final, na modalidade B2C (*business to consumer*).

Os dados apresentados comprovam o crescimento vertiginoso do *e-commerce*, que evoluiu de R\$ 0,55 bilhão em 2001 para estimados R\$ 13,60 bilhões, em 2010. Mesmo um Estado desenvolvido (e industrializado) como Santa Catarina sofre perdas de receita, calculadas em R\$ 29 milhões em 2010 por um estudo de sua Secretaria de Fazenda, segundo o qual aquele Estado



vendeu para outros Estados cerca de R\$ 26 milhões e adquiriu R\$ 371 milhões. Implantada a sistemática da PEC, o Estado de Santa Catarina passaria a ter um ganho de receita de R\$ 17 milhões.

Segundo os autores, a PEC visa corrigir os efeitos da difusão do e-commerce, preservando a receita dos Estados consumidores. O momento para a adoção de semelhante medida é mais que oportuno, considerando a perda de arrecadação sofrida pelos Estados e a hipótese cada vez mais remota de uma reforma tributária ampla. E concluem: Na eventualidade de, no bojo de uma reforma tributária, a alíquota interestadual ser reduzida, a repartição de receita tributária entre os Estados de origem e de destino (...) será alterada na mesma proporção.

Não foram oferecidas emendas.

II – ANÁLISE

Constitucionalidade e juridicidade

A mudança constitucional intentada está amparada no art. 60, I, da Constituição Federal (CF), uma vez que proposta por um terço dos membros do Senado Federal. O inciso I do § 4º do art. 60 veda a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, pois a forma federativa de Estado constitui uma das chamadas cláusulas pétreas. A nosso ver, **a alteração na partilha do ICMS veiculada pela PEC não só não confronta o princípio federativo, como cuida de reforçá-lo.** O reforço advém do fato de eliminar um mecanismo de desequilíbrio que afeta, negativamente, a grande maioria dos Estados, cuja receita de ICMS se vê diminuída, de forma crescente, pelo surgimento e consolidação de novos métodos de comercialização, inexistentes à data da promulgação da Carta de 1988. A redistribuição de receita entre o Estado de origem e o de destino aventada pela proposição sob análise toma como paradigma a regra geral de partilha eleita pelo próprio constituinte originário: receita resultante da aplicação da alíquota interestadual para o Estado de origem e receita resultante do diferencial de alíquota para o Estado de destino.



A PEC nº 56, de 2011, é respeitosa do princípio da anterioridade, plena (art. 150, III, b) e mitigada (art. 150, III, c). Esse princípio, corolário do princípio da não surpresa, requer que a criação ou majoração de imposto só produza efeitos a partir do exercício financeiro subsequente, e após decorridos, no mínimo, noventa dias. De fato, a nova sistemática implica o desmembramento da cobrança do ICMS incidente sobre operações interestaduais destinadas a consumidor não contribuinte, antes feita por um único Estado (o de origem) e, agora, por dois (o de origem e o de destino). A alíquota, em consequência, é bipartida; antes, uma só alíquota (a interna do Estado de origem) e, agora, duas (a interestadual do Estado de origem e o diferencial de alíquota no Estado de destino). Se a eficácia fosse imediata, haveria desrespeito da anterioridade – cláusula pétrea – nos casos em que a alíquota interna do Estado de destino superasse a alíquota interna do Estado de origem.

Mérito

A proposição é meritória a diversos títulos.

É sabido que as empresas “ponto com” estão concentradas em pouquíssimos Estados (especialmente em São Paulo), que dispõem de vantagens comparativas de várias ordens em relação aos demais. A concentração de receita do ICMS daí resultante tornou-se inaceitável, a ponto de vinte Estados terem firmado, em 1º de abril de 2011, o Protocolo ICMS nº 21, que promove a repartição entre o Estado de origem e o de destino do ICMS incidente nas operações interestaduais em que o consumidor final não contribuinte adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio da internet, telemarketing ou showroom.

Sabemos, contudo, que o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) não detém competência para decretar, mesmo pela unanimidade de seus membros, a redistribuição de competência e de receita do ICMS. Só o constituinte derivado pode fazê-lo. E urge que o faça. Os dados mais recentes do sítio **e-bit** empresa (www.ebitempresa.com.br/webshoppers) dão conta de que, **em 2011**:



a) o comércio eletrônico alcançou R\$ **18,7 bilhões** em faturamento, um aumento nominal de 26% em relação a 2010. A expectativa é de atingir R\$ **23,4 bilhões** em 2012;

b) o número de e-consumidores aumentou 9 milhões, a maioria (61%) provenientes da classe C. Com isso, foi atingido o número de 32 milhões de pessoas que realizaram, ao menos, uma compra *online*;

c) foram feitos mais de 53,7 milhões de pedidos através da internet, número 34% maior que no ano anterior;

d) as categorias de alto valor agregado – **eletrodomésticos, informática e eletrônicos** – foram as preferidas dos e-consumidores, mas o *e-commerce* se expande para outros setores: **saúde, beleza, medicamentos, moda e acessórios**, entre outros;

e) a modalidade de compras coletivas, que chegou ao Brasil em 2010, rapidamente conquistou, já em 2011, 10 milhões de consumidores.

Há, pois, um risco de surgir uma nova modalidade de guerra fiscal: a comercial eletrônica. Nesse contexto, a partilha da receita pode ser vista como um antídoto preventivo contra esse mal. Ademais, a desconcentração da receita do ICMS propiciada pela PEC aumentará a capacidade financeira da grande maioria dos Estados, não apenas dos vinte signatários, mas de outros não signatários como Santa Catarina, conforme já assinalado. O Estado que mais perde – São Paulo – perderá pouco, uma vez que, hoje, a participação do *e-commerce* na sua arrecadação total é ainda pouco significativa. E, com a iminente aprovação do Projeto de Resolução do Senado Federal nº 72, de 2010, que põe fim à chamada “guerra dos portos”, São Paulo mais que recuperará essa perda, pois será o primeiro beneficiário da resolução decorrente.

Técnica legislativa e aperfeiçoamento da PEC

A redação da PEC pode ser aprimorada. Entendemos que há uma forma mais simples de se promover a partilha em questão.



A técnica do “diferencial de alíquota” é adequada para as operações interestaduais em que o destinatário consumidor final é contribuinte. Nessa situação, instaura-se uma nova obrigação tributária, cujos elementos são os seguintes: (i) o fato gerador é a aquisição do bem ou do serviço; (ii) o sujeito passivo é o adquirente; (iii) o sujeito ativo é o Estado de destino; (iv) a base de cálculo é o valor da operação ou prestação de que decorrer a saída do bem ou serviço no Estado de origem; (v) a alíquota é o percentual correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual. O “diferencial de alíquota” só pode ser exigido se todos esses elementos estiverem configurados em lei estadual. Para facilitar a sua aplicação, os Estados fazem acordos entre si, os quais erigem o contribuinte vendedor ou prestador de serviço em substituto tributário. A substituição tributária para frente, embora respaldada pelo art. 150, § 7º da CF e pela Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, arts. 6º a 10, ainda tem aspectos controversos em discussão na Suprema Corte.

A técnica do “diferencial de alíquota” preconizada pela PEC sob exame é inadequada para as operações interestaduais por ela reguladas, a começar do fato de que, nelas, o consumidor final não é contribuinte “de direito”, mas apenas “de fato”. Em vez de bipartir a incidência tributária, melhor é manter a unicidade da tributação na origem, como é hoje, dispensando-se a edição de leis estaduais e de acordos interestaduais.

Propomos, pois, uma **emenda** simplificadora, em que **só o Estado de origem tribute, fiscalize, arrecade e, em seguida, distribua para o Estado de destino a parte do ICMS equivalente ao que resultar da aplicação do diferencial de alíquota**, que é, desta feita, a diferença entre a alíquota interna do **Estado de origem** e a **alíquota interestadual** já fixada pelo Senado Federal pela Resolução nº 22, de 19 de maio de 1989 e eventuais alterações posteriores. A exemplo do referido Protocolo ICMS nº 21, de 2011, a emenda só contempla as operações com mercadorias e bens, não mais se referindo a prestações de serviços. De fato, o ICMS só tributa dois serviços – o de transporte transmunicipal e a comunicação – que, normalmente, não são negociados por meio de comércio eletrônico.



III – VOTO

Pelas razões expostas, votamos pela aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 56, de 2011, com as seguintes emendas:

**EMENDA Nº - CCJ
(à PEC nº 56, de 2011)**

Dê-se ao art. 1º da PEC nº 56, de 2011, a seguinte redação:

Art. 1º O § 2º do art. 155 da Constituição Federal passa a vigorar com o acréscimo do seguinte inciso:

“Art. 155.
.....
§ 2º

VIII-A – na hipótese da alínea *b* do inciso VII, quando a operação interestadual ocorrer por meio de comércio eletrônico, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino, mantendo-se a mesma proporcionalidade que ocorre nas operações com as demais mercadorias;

.....” (NR)

**EMENDA Nº - CCJ
(à PEC nº 56, de 2011)**

Dê-se à ementa da PEC nº 56, de 2011, a seguinte redação:

“Acrescenta o inciso VIII-A ao § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para partilhar entre o Estado de origem e o de destino o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, quando a operação interestadual destinada a consumidor final não contribuinte ocorrer por meio de comércio eletrônico”.



SENADO FEDERAL

Senador Armando Monteiro

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator