

GUERRA FISCAL: SÃO PAULO E ESPÍRITO SANTO ICMS - IMPORTAÇÃO

Fábio Tadeu Ramos Fernandes

ftramos@almeidalaw.com.br

Ana Cândida Piccino Sgavioli

acsqavioli@almeidalaw.com.br

I – INTRODUÇÃO

Desde a década de 70, existe entre os Estados de São Paulo e Espírito Santo acirrada Guerra Fiscal no que diz respeito ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal, e de Comunicação incidente sobre a Importação (“ICMS”) especialmente naquelas realizadas por conta e ordem de terceiro.

Como marco inicial da disputa, pode-se destacar a instituição, pelo Estado do Espírito Santo do Fundo para o Desenvolvimento das Atividades Portuárias – FUNDAP – através da Lei Estadual n.º 2.508 e regulamentado pelo Decreto Estadual n.º 163/71.

Por meio de referido benefício, empresas comerciais que operam através das instalações portuárias capixabas, recebem apoio do fundo, que propiciava ao importador é a postergação do recolhimento do ICMS, o que em geral era repassado ao real adquirente da mercadoria em outro Estado.

Assim, considerando as regras impostas pelo benefício, estariam as operações de importação via empresas cadastradas no FUNDAP reduzidas do encargo do recolhimento do ICMS no desembaraço da mercadoria, sem considerar financiamentos de valores relacionado à operação, diminuindo assim os encargos tributários consideravelmente,

beneficiando ao menos no tocante ao fluxo de caixa da empresa.

No entanto, sabe-se que a concessão do incentivo acima, não possui base legal, ou seja, não foi objeto de convênio ratificando seus termos, conforme preceitua tanto a Constituição pátria como legislação correlata, o que fomenta a referida guerra fiscal.

Podemos citar como exemplo da acirrada disputa a Portaria CAT nº 85/1993¹ e Comunicado CAT nº 36/2004², ambos

¹ A portaria CAT em referência, de maneira expressa, veda a utilização total dos créditos, *verbis*:

“Art. 1º - Na entrada, em estabelecimento situado em território paulista, de mercadoria de procedência estrangeira em decorrência de remessa interestadual efetuada por estabelecimento localizado no Estado do Espírito Santo, o crédito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) é admitido somente até a importância correspondente a 4,6% da respectiva base de cálculo. Parágrafo único - Tratando-se de trigo, o limite é de 6% (seis por cento) da base de cálculo do imposto.”

² Já o Comunicado CAT de 2004, delimitou o crédito de acordo com o tipo de mercadoria:

“1 - o crédito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS entrada de mercadoria remetida ou de serviço prestado a estabelecimento localizado em território

expedidos pelo Coordenador da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, estipulando que o crédito de ICMS destacado em notas fiscais emitidas por contribuinte beneficiado por uma decisão unilateral, ou seja, por incentivo concedido sem a aprovação do CONFAZ, passou a ser parcialmente ou totalmente vedado.

Ao vedar o direito ao crédito do ICMS, o Governo paulista retirou do contribuinte um direito previsto na Constituição Federal, expresso no princípio da não-cumulatividade. Por essa razão, o governador do Espírito Santo ingressou com Mandado de Segurança face ao governador do Estado de São Paulo, questionando perante o Supremo Tribunal Federal a legalidade da restrição ao crédito do ICMS em situação correlata (FUNDAP).

Em meio a este cenário de controvérsias, São Paulo e Espírito Santo houveram por bem firmar acordo de modo a colocar termo à insegurança jurídica que vinha reinando em operações envolvendo ambos os Estados³.

Nesse sentido, a nova legislação sobre o tema (o Protocolo ICMS nº 23/2009) tem como objetivo fixar as regras que devem ser observadas em relação ao ICMS nos casos de importação por conta e ordem de terceiro ou importação por encomenda

quando o importador e o adquirente estão localizados em diferentes Estados.

Com efeito, o citado Protocolo buscou dirimir a Guerra Fiscal na medida em que determina uma repartição de competência entre os Estados para exigir o ICMS nas operações de importação.

Assim, nas importações realizadas por conta e ordem de terceiro, o imposto será devido ao Estado onde se localiza a empresa adquirente. Já nas importações por encomenda, o imposto será devido ao Estado onde se localiza a importadora – *trading company* – independente da localização da empresa encomendante.

Cumpre mencionar que ambas as operações de terceirização de importação são reconhecidas legalmente e regulamentadas pela Secretaria da Receita Federal.

Na importação por conta e ordem de terceiro, a importadora irá promover em seu nome o despacho aduaneiro de importação de mercadorias adquiridas pela empresa contratante. Nessa operação, o importador de fato é a empresa adquirente da mercadoria, sendo a *trading company* apenas um interposto. Desse modo, é a adquirente que pactua a compra internacional e que deve dispor de capacidade econômica para o pagamento da importação.

Já na importação por encomenda, a importadora irá adquirir as mercadorias com recursos próprios e promove o despacho aduaneiro de importação a fim de revendê-las a uma empresa encomendante, previamente determinada. O que diferencia esta operação da importação por conta e ordem de terceiros é que na importação por encomenda é a importadora que deve dispor de capacidade econômica para o pagamento da importação.

paulista, por estabelecimento localizado em outra unidade federada que se beneficie com incentivos fiscais indicados nos Anexos I e II deste comunicado, somente será admitido até o montante em que o imposto tenha sido efetivamente cobrado pela unidade federada de origem;”

³ Protocolo ICMS nº 23/2009, confirmado junto aos demais Estados por meio do Convênio ICMS nº 36/2010 e recepcionado por legislação interna via Decreto SP nº 56.045, de 26 de Julho de 2010 e Decreto ES n.º 2.553-R de 27 de Julho de 2010.

Assim, a partir de Junho de 2009, nas operações de importação por conta e ordem de terceiro ou por encomenda, que envolvam os Estados de São Paulo e do Espírito Santo, os procedimentos disciplinados a seguir deverão ser observados.

II – IMPORTAÇÃO POR CONTA E ORDEM DE TERCEIRO E A IMPORTAÇÃO POR ENCOMENDA EM FACE DO PROTOCOLO ICMS 23

Em cumprimento ao disposto no Protocolo, o recolhimento do ICMS relativo à operação de importação por conta e ordem deverá ser efetuado pelo estabelecimento importador, em favor do Estado de localização do adquirente.

Nesse caso, afasta-se o recolhimento do ICMS no desembaraço e novamente na remessa da mercadoria ao estabelecimento adquirente.

Cabe esclarecer que o Protocolo impõe alguns requisitos que deverão ser observados na importação.

Por sua vez, nas operações de importação por encomenda, o imposto deverá ser recolhido em favor do Estado onde se localiza o Importador, mesmo que o encomendante esteja situado em outro Estado, e desde que tenha ocorrido a entrada física do bem ou da mercadoria no estabelecimento do importador.

Para essas operações, o importador deverá se creditar do imposto pago no desembaraço e emitir Nota Fiscal de venda para o encomendante com destaque do imposto, desde que observados requisitos impostos pelo Convenio.

III – APROVAÇÃO DOS DECRETOS N.º 2.553-R E N.º 56.045 POR SÃO PAULO E ESPÍRITO SANTO

Visando consolidar os entendimentos acerca de possíveis controvérsias entre os Estados envolvendo operações realizadas no passado, recentemente, os Estados do Espírito Santo e de São Paulo aprovaram os Decretos n.º 2.553-R e n.º 56.045, respectivamente, que dispõem sobre o reconhecimento dos recolhimentos efetuados em operações de importação por conta e ordem de terceiros.

Ambos decretos permitem aos contribuintes paulistas e capixabas, que tiverem encomendado a importação de bens e mercadorias do exterior junto a empresas importadoras estabelecidas no outro Estado na modalidade operação por conta e ordem de terceiros, requerer, até 31 de outubro de 2010, o reconhecimento dos recolhimentos efetuados ao Estado do Espírito Santo para os contribuintes paulistas ou ao Estado de São Paulo para os contribuintes capixabas.

O reconhecimento, contudo, somente é aplicado às importações contratadas até o dia 20/03/2009, cujo desembaraço aduaneiro tenha ocorrido até 31/05/2009.

Os Decretos impõem diversas condições para que os recolhimentos possam ser reconhecidos ou validados (possibilitando assim, igualmente, a validação dos lançamentos dos créditos do ICMS correspondente efetuado pelo adquirente localizado no outro Estado), devendo o contribuinte apresentar requerimento ao Delegado Regional Tributário (em São Paulo) ou Gerente Tributário (no Espírito Santo) da situação de sua inscrição estadual ou ao órgão julgador, na hipótese de o crédito estar sendo exigido em Auto de Infração e Imposição de Multa.

Importante ressaltar que uma das condições impostas é que o contribuinte indique todas as importações realizadas nessa mesma modalidade contratadas após 20/03/2009 e/ou cujo desembaraço tenha ocorrido após 31/05/2009, mas, nesse caso, abrangendo tanto os

importadores situados no Espírito Santo ou São Paulo. Sobre esse ponto cumpre destacar que o Estado de São Paulo exige, ainda que o contribuinte relacione todas as importações nas quais os importadores estavam localizados em outros Estados.

Caso o contribuinte não tenha recolhido o ICMS em favor do Estado de São Paulo ou do Espírito Santo em relação a essas operações de importação por conta e ordem poderá realizar esse pagamento com os acréscimos legais aplicáveis em até 15 dias, contados da data e apresentação do requerimento, uma vez que esse pagamento é condição para assegurar o tratamento fiscal previsto no Decreto.

Ademais, cumpre mencionar que no Estado de São Paulo, ao requerer o benefício o contribuinte também deverá indicar a relação de todas as importações realizadas nessa modalidade, promovidas por importadores situados em qualquer unidade da federação, exceto Espírito Santo, cujo desembaraço aduaneiro tenha ocorrido no período compreendido entre 01/06/2005 até 31/05/2009.

Para essas operações o Decreto Paulista também prevê que o contribuinte poderá realizar o pagamento, com acréscimos legais, em até 15 dias contados da data do protocolo do requerimento.

Desse modo, ressaltamos que os contribuintes paulistas devem ter cautela ao requer o benefício uma vez que para essas operações o pagamento do ICMS no Estado em que ocorreu a importação não é condição ao gozo do benefício e assim o contribuinte ficará sujeito a eventuais autuações por parte da Secretaria da Fazenda relativamente as importações realizadas com *trading companies* situados em outros Estados que não Espírito Santo.

Feito o requerimento e desde que atendidas as condições impostas nos Decretos, serão suspensos os procedimentos de fiscalização e demais atos de cobrança relativamente às importações realizadas por intermédio de empresa importadora situada no Espírito Santo ou no Estado de São Paulo. Em seguida, o Fisco paulista solicitará ao Fisco capixaba uma certidão atestando que o ICMS dessas mesmas operações de importação foi integralmente realizado na forma da legislação estadual capixaba, e que o recolhimento é apto a ser reconhecido pelo Estado de São Paulo no mesmo sentido o Estado do Espírito Santo solicitará certidão semelhante ao Estado de São Paulo.

Satisfeitas as condições impostas será constatada a extinção dos débitos.

IV – CONCLUSÃO

É inegável que a celebração do Protocolo ICMS 23/2009 entre São Paulo e Espírito Santo foi sobremaneira vantajosa aos Contribuintes, pondo fim, ao menos temporariamente, à guerra fiscal ou conflito de competência existente entre tais Estados.

No mesmo sentido, inobstante algumas críticas que podem ser lançadas contra algumas imposições expostas nos Decretos n.º 56.045/10 de São Paulo, e n.º 2.553-R do Espírito Santo, evidente que ambos se mostram importantes medidas para viabilizar as contingências fiscais das empresas com redução significativa do passivo de ICMS.

Contudo, deve-se fazer a ressalva de que ambos os Decretos expressamente determinam que na hipótese de Denúncia, por qualquer dos Estados, do Protocolo ICMS 23/2009, cessará a suspensão do benefício⁴, havendo a possibilidade de

⁴ Os decretos determinam que, se os contribuintes cumprirem com as condições dos

imposição do recolhimento do ICMS não pago no passado.

Desse modo, as empresas que desejam usufruir do benefício devem estar atentas para eventual alteração no Protocolo e direcionar seus investimentos e estratégias tendo como ponto relevante essa eventual revogação da regra existente, o que pode ocorrer a qualquer momento.

O escritório Almeida Advogados está a disposição para maiores esclarecimentos sobre a matéria bem como para auxiliar as empresas a requererem o benefício de extinção dos créditos de acordo com a nova legislação.

decretos, eventuais pendências com os Estados estariam suspensas até 2014, momento em que ocorreria a extinção de eventuais créditos tributários com ICMS