

ADONILSON FRANCO

ASMAHAN ALESSANDRA JAROUCHE

JOICE PELLIZZON DA FONSECA

FRANCISCO CARNEIRO D'ALBUQUERQUE NETO

ANGÉLICA ANTONIO SHIHARA DE ASSIS

AL. SANTOS Nº 1470, 4º ANDAR - CJS. 407/408/409

JARDINS – SÃO PAULO (SP)

CEP 01418-100

PABX: (11) 3266-8592

Fax: (11) 3266-8592

e-mail: franco@francoadvogados.com.br

www.francoadvogados.com.br

IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS PELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – DESEMBARAÇO ADUANEIRO NO ESTADO DE SÃO PAULO – ICMS – REGULARIZAÇÃO (PROTOCOLO ICMS 23/09 – ANTEPROJETO DE LEI 244/10)

I – MECÂNICA DE IMPORTAÇÕES PELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO E SEUS EFEITOS TRIBUTÁRIOS

A questão envolvendo a exigência do ICMS pelo Estado de São Paulo de mercadorias importadas através do Espírito Santo e desembaraçadas no Estado paulista é antiga. Polêmica sobre isso existe desde pelo menos a década de 1980.

Muitas empresas, pretendendo valer-se dos benefícios do Fundap – incentivo fiscal muito atrativo concedido pelo Estado capixaba, – realizam importações por conta e ordem de terceiros.

Como funciona isto? Basicamente do seguinte modo: empresa “A”, estabelecida no Estado do Espírito Santo – normalmente tratam-se, nesses casos, de empresas importadoras ou até mesmo *tradings companies* – importa mercadoria e consigna em favor de empresa “B” estabelecida no Estado de São Paulo. A mercadoria é importada pela empresa “A”, capixaba, por conta e ordem de empresa paulista, de modo que o desembaraço é feito em São Paulo em favor de “B” (consignatária).

O ICMS é considerado devido ao Estado do Espírito Santo, em razão do que a importadora “A” goza de todos os benefícios concedidos por aquele Estado. Esse benefício é repassado ao custo da mercadoria, de modo que para a empresa paulista, destinatária final da mercadoria, há sensível redução de custos tributários, o que torna seus preços bastante competitivos.

Muitas importadoras de veículos – mas não apenas empresas desse setor – utilizam o canal capixaba e esse mecanismo de redução de preços.

E onde tradicionalmente atuava o Estado de São Paulo, nesses casos? Onde o limite de sua competência tributante permitia – ou o fisco paulista julgava, ainda que contra a Constituição Federal, permitir –, ou seja, não reconhecendo o crédito do ICMS apropriado pelo estabelecimento situado dentro do Estado de São Paulo, embutido no preço da mercadoria pago ao seu fornecedor capixaba.

II – REGULAMENTAÇÃO TRIBUTÁRIA PELOS ESTADOS DE SÃO PAULO E DO ESPÍRITO SANTO

Em 04.06.2009 passou a vigor o Protocolo ICMS 23 firmado entre os Estados de São Paulo e Espírito Santo.

Indo direto ao que aqui nos interessa, por esse ato legal ficou estabelecido entre ambos os Estados que nas operações de importação de bens ou mercadorias do exterior promovidas por estabelecimentos situados no Espírito Santo por conta e ordem de estabelecimentos situados em São Paulo, o recolhimento do ICMS relativo à operação de importação é integralmente devido pelo importador em favor do Estado de São Paulo.

Por outro dispositivo do mesmo Protocolo ICMS 23/09, ficou estabelecido que o recolhimento do ICMS incidente sobre operações de importação por conta e ordem de terceiros, contratadas até 20.03.2009 e cujo desembaraço aduaneiro tenha ocorrido até 31.05.2009 seria disciplinado por meio de Convênio ICMS.

Afora esse período de transição mencionado no parágrafo antecedente, o Protocolo ICMS 23/09 traçou todos os procedimentos necessários para que o ICMS fosse recolhido, nesses casos, em favor dos cofres paulistas.

Agora, o Anteprojeto de Lei 244 de 23.03.2010 apresentado à deliberação e aprovação da Assembleia Legislativa paulista veio autorizar que o Estado de **São Paulo reconheça como válidos os recolhimentos do ICMS efetuados em operações de importação por conta e ordem de terceiros, nas quais o importador (empresa "A") esteja localizado no Espírito Santo e o adquirente (empresa "B") esteja localizado no Estado de São Paulo**, ainda que realizados em desacordo com as regras do Protocolo ICMS 23/09, segundo as quais ambos os Estados, Espírito Santo e São Paulo, concordaram quanto a que o ICMS, nesses casos, seria devido ao erário paulista.

Desse modo, nos termos do Anteprojeto 244/2010, o Estado de São Paulo trata como suspensa a exigibilidade dos créditos tributários relativos ao ICMS até as datas previstas no cronograma abaixo, a partir do que ficarão definitivamente reconhecidos os respectivos recolhimentos do ICMS nos moldes em que promovidos, desde que o Protocolo ICMS 23/09 não venha a ser denunciado pelo Estado do Espírito Santo.

Coluna I	Coluna II	Coluna III
Desembaraço aduaneiro em território paulista	Recolhimento do ICMS em favor do Espírito Santo	Admissão do Crédito Apropriado pelo Contribuinte Paulista – Prescrição do direito da Fazenda Paulista exigir o ICMS – A partir de:
Operações contratadas até 20.03.2009 e desembaraço aduaneiro até 31.05.2009	Até 31.05.2005	01.06.2010
	Entre 01.06.2005 e 31.05.2006	01.06.2011
	Entre 01.06.2006 e 31.05.2007	01.06.2012
	Entre 01.06.2007 e 31.05.2008	01.06.2013
	Entre 01.06.2008 e 31.05.2009	01.06.2014

NOTA:

Até que se consumam os prazos constantes da Coluna III, a exigibilidade do crédito do ICMS supostamente devido à Fazenda paulista ficará suspenso, ainda que já tenha sido inscrito na Dívida Ativa paulista. A partir das referidas datas, os recolhimentos feitos em favor da Fazenda capixaba serão reconhecidos como válidos pelo fisco paulista, desde que o Estado do Espírito Santo não denuncie o Protocolo ICMS 23/09 e o Estado Capixaba tenha estabelecido em sua legislação reciprocidade de tratamento em relação ao mesmo tema.

III – CONSIDERAÇÕES COMPLEMENTARES

O que vale dizer que em relação às operações de desembaraço aduaneiro realizadas a partir de 01.06.2009 em São Paulo em decorrência de importações feitas pelo Estado do Espírito Santo e cujo ICMS tenha sido lá recolhido, o ICMS será considerado aqui devido. E se o Estado do Espírito Santo se insurgir contra essa exigência denunciando o acordo estabelecido no Protocolo ICMS 23/09, São Paulo voltará a exigir o ICMS então devido pelos contribuintes paulistas (salvo em relação àqueles casos em que a prescrição já tiver se consumado, conforme Coluna III).

Naturalmente ao contribuinte prejudicado, no caso, paulista, resta sempre a alternativa de recorrer ao Judiciário para fazer valer a regra do CTN, segundo a qual as partes têm liberdade para contratar o que for lícito e o fisco não tem o direito de intervir nas relações negociais para alterar os termos pactuados com o fim de exigir imposto nas situações em que indevido, como é o caso, já que se as partes contrataram a importação pelo Espírito Santo, é lá que o ICMS se torna devido. Instâncias superiores do Judiciário já se pronunciaram nesse sentido – vale enfatizar.

São Paulo, 31 de março de 2010.



Franco Advogados Associados
OAB-SP 87066