

Decreto 58.918/2013 de São Paulo: mais um capítulo da Guerra Fiscal de ICMS



Câmara de Comércio e Indústria Japonesa do Brasil – 21 de março de 2013

Aspectos Constitucionais dos Incentivos Fiscais

- ✓ **CF/88** – Art. 150, § 6.º - Incentivo só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente a matéria ou o correspondente tributo, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.
- ✓ **CF/88** – Art. 155, § 2º, XII, “g” – Cabe à Lei Complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Aspectos Constitucionais dos Incentivos Fiscais

✓ ADCT

“Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

(...)

§ 8º - Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, “b”, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.”

Aspectos Constitucionais dos Incentivos Fiscais

✓ LC 24/1975

“Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus”

Aspectos Constitucionais dos Incentivos Fiscais

- ✓ **RESULTADO:**
 - ✓ Inequívoca recepção da LC 24/75 pela CF/88
 - ✓ Necessidade de unanimidade no Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ)

- ✓ **STF – ADIs 1247 (PA), 3702 (ES), 2906, 2376, 3674, 3413 (RJ), 3794, 4457 (MS) e outras - Inconstitucionalidade dos Benefícios de ICMS Concedidos Unilateralmente pelos Estados.**

Guerra Fiscal

- ✓ Política dos entes federativos visando influir o processo de decisão das empresas sobre alocação de investimentos e estruturação comercial, tendo como principal instrumento redução da carga tributária local
- ✓ Objetiva atrair empregos e investimentos para o Estado em detrimento dos demais.
- ✓ Não segue as regras impostas pela CF/88 e legislação – **Incentivos sem aprovação do CONFAZ**
- ✓ “Retaliação” dos Estados prejudicados – glosa de créditos, cobrança do ICMS da origem, aplicação de pesadas multas

Guerra Fiscal

✓ LC 24/75 – “Sanções”

Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria;

II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

Guerra Fiscal

✓ Posturas do Estado de São Paulo

✓ Lei 6.374/89

Artigo 36. (...)

§ 3º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de qualquer subsídio, redução da base de cálculo, crédito presumido ou outro incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal.

Guerra Fiscal

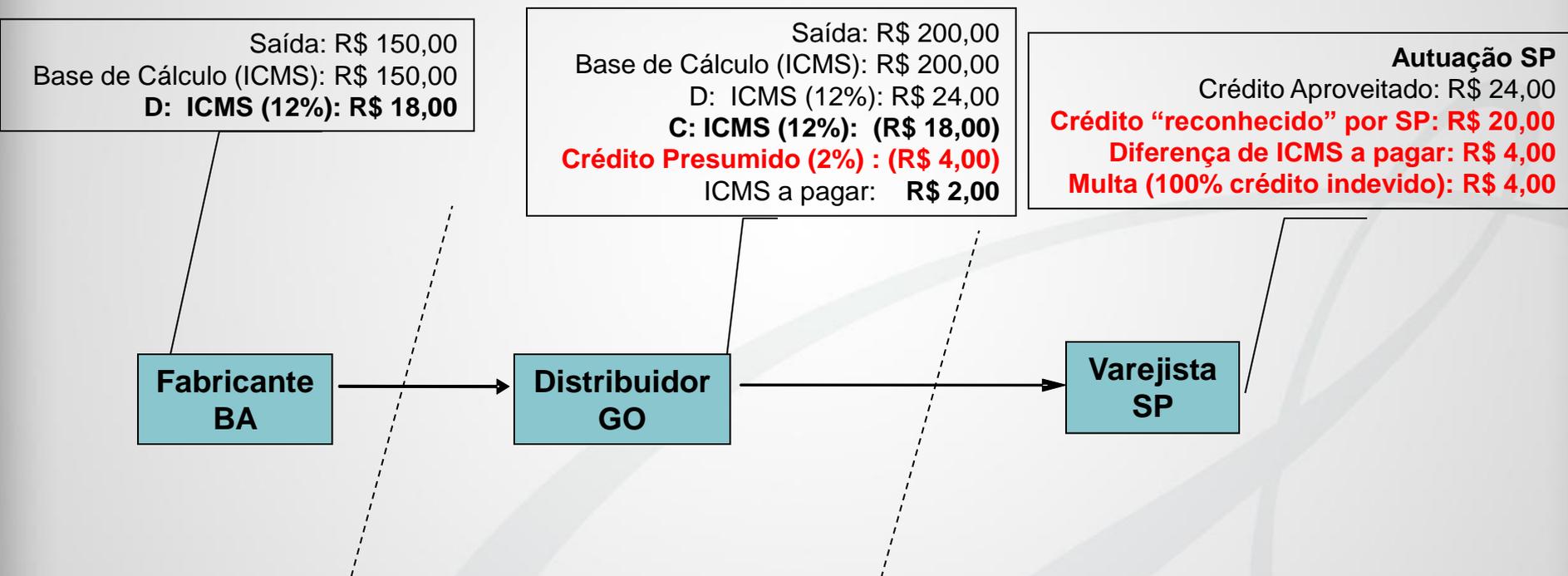
✓ Posturas do Estado de São Paulo

✓ Comunicado CAT 36/2004

- ✓ Lista de incentivos fiscais que SP entende serem inconstitucionais (lista exemplificativa)
- ✓ Impede a apropriação de crédito em operações interestaduais praticadas com determinados Estados da Federação

Guerra Fiscal

Exemplo de Autuação – Comunicado CAT 36/04



Resultado: Glosa de crédito de R\$ 4,00 + Multa de R\$ 4,00 + Juros

Guerra Fiscal

✓ Posturas do Estado de São Paulo

- ✓ Lei n.º 13.918/09 (altera art. 60-A da Lei 6.374/89)

Artigo 60-A - Nas operações interestaduais destinadas a contribuinte paulista, beneficiadas ou incentivadas em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, o Poder Executivo poderá exigir o recolhimento, no momento da entrada da mercadoria em território paulista, do imposto correspondente ao valor do benefício ou incentivo.

Guerra Fiscal

✓ Posturas do Estado de São Paulo

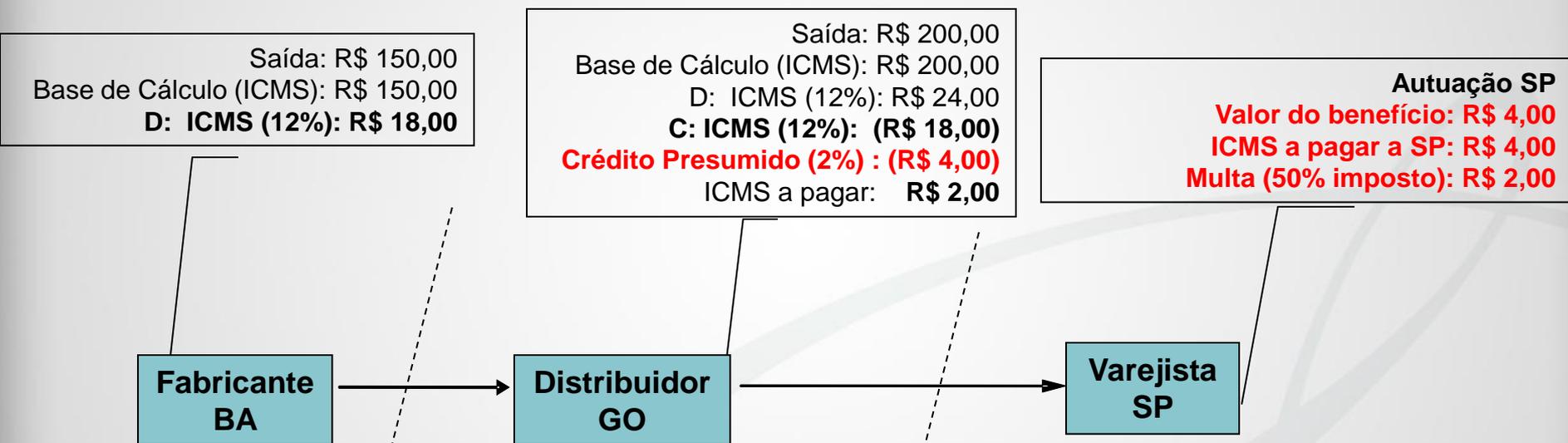
- ✓ Decreto 58.918, de 27/02/2013 (regulamentação do art. 60-A da Lei 6.374/89):
 - ✓ Diferença de ICMS deverá ser recolhida até a entrada da mercadoria em território paulista, por meio de GRE;
 - ✓ SEFAZ/SP publicará lista de incentivos que entende serem inconstitucionais;
 - ✓ Presunção de que incentivos foram utilizados (ônus da prova do contribuinte – prova negativa?);

Guerra Fiscal

- ✓ Decreto 58.918, de 27/02/2013 (cont.):
 - ✓ Contribuinte de outros Estados deverão comprovar que não aproveitam incentivos listados; caso não o façam, SEFAZ/SP cobrará diferença do ICMS do adquirente paulista;
 - ✓ Em princípio, contribuinte paulista deve recolher – “permissão” de que os remetentes recolham;
 - ✓ Uma via da guia de recolhimento deverá acompanhar a mercadoria;
 - ✓ “Crédito integral” fica condicionado ao atendimento do Decreto: possibilidade de glosa total?
 - ✓ Lista de incentivos aguarda publicação.

Guerra Fiscal

Exemplo de Autuação – Decreto 58.918/13



Resultado (Possível): ICMS de R\$ 4,00 + Multa de R\$ 2,00 + Juros

Guerra Fiscal

✓ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

“TRIBUTÁRIO. ICMS – Operações Interestaduais. Comunicado CAT 36/2004 que impede a apropriação de crédito em operações interestaduais praticadas com determinados Estados da Federação. Sentença terminativa do feito. Reforma – art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g” da CF/88, que exige a edição de lei complementar para a concessão de benefícios fiscais, não financeiros. Inaptidão de ato infralegal fazer as vezes de meio de impugnação à constitucionalidade de leis, na medida em que pretendeu antecipar o resultado de ADIns opostas contra as leis que instituíram tais benefícios. Concessão da segurança. Recurso provido” (Processo n. 518.847.5/5-00 – 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

Guerra Fiscal

✓ STJ

- ✓ Contestação de incentivos fiscais deve ser feita pelos Estados no STF (Mudança de posicionamento - RMS 31.714/MT e RMS 32.453/MT)
 - ✓ Antes da declaração do STF, não pode haver glosa de créditos (tema ainda em aberto: e se houver “modulação”?)
- ✓ **STF** – Ainda não houve definição da matéria – Repercussão Geral (RE 643204/DF).

OBRIGADO!

Maurício Barros - mauricio.sp@gaiasilvagaede.com.br

Gaia, Silva, Gaede & Associados – Advocacia e Consultoria Jurídica

Rua da Quitanda, 126 – Centro – 01012-010 – São Paulo – SP

www.gaiasilvagaede.com.br