

ISSN 1413-7097

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO



194

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO (RDDT)

ISSN 1413-7097

194

(NOVEMBRO - 2011)

Diretores da Revista

Valdir de Oliveira Rocha

**Francisco Lobello de Oliveira
Rocha** (Adjunto)

Diretores da Editora Dialética

Lidia Lobello de Oliveira Rocha

Valdir de Oliveira Rocha

**Denise Lobello de Oliveira Rocha
Trevisan**

Projeto Gráfico inicial de *Escrituras*
Editora, com alterações procedidas por
Mars e Dialética

Capa (fundo)

*Detalhe da obra "100% Azul ou Quase",
de Marola Omartem*

Ilustrações de faces dos autores

Fátima Lodo Andrade da Silva

Impressão

Edições Loyola

Indexação em base de dados nacionais:

RVBI (Periódicos) - Senado Federal

(www.senado.gov.br/sicon)

Rede de bibliotecas depositárias:

Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal
de Justiça, Conselho da Justiça Federal,
Tribunal Regional Federal da 1ª, 2ª, 4ª e 5ª
Regiões



Péricles Prade

é o autor da fotografia reproduzida em
destaque na capa desta edição.

Na página inicial do *site*
www.dialetica.com.br

canto superior, esquerdo, pode-se
realizar **BUSCA** que possivelmente
facilitará muito a localização de textos
sobre assuntos de seu interesse.

A Editora mantém em estoque os
exemplares anteriores da

Revista Dialética de Direito Tributário.

Complete sua coleção.

Os acórdãos estampados na íntegra
correspondem às cópias obtidas nas
Secretarias dos Tribunais ou se originam
de publicações oficiais de seus julgados.
Tiragem superior a 3.000 exemplares.
Distribuição em todo o País.

Os conceitos emitidos nos textos são
de responsabilidade de seus autores.



Uma publicação mensal de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.

Rua Sena Madureira, 34

CEP 04021-000 - São Paulo - SP

e-mail: atendimento@dialetica.com.br

Fone/fax (0xx11) 5084-4544

www.dialetica.com.br

SUMÁRIO

Doutrina

André Mattos Soares e Júlio César Rossi - Embargos à execução fiscal e avença superveniente com a Administração Tributária: a questão da extinção do processo e a suspensão do crédito tributário

I - Introdução. II - Algumas considerações pertinentes: renúncia, desistência, competência e limites temporais. III - Embargos à execução e a superveniente admissão em programas de parcelamento ou de refinanciamento tributários. IV - Considerações finais.

9

Andressa Guimarães Torquato F. Rêgo - Considerações acerca da possibilidade de regulamentação do sistema público de escrituração digital (Sped) por meio de lei complementar

1. Introdução. 2. A regra do artigo 37, XXII, da CF: limitação constitucional ao poder de impor obrigações acessórias. 3. Os problemas gerados pela regulamentação do Sped por meio de convênio. 4. Conclusão.

16

Edison Carlos Fernandes - Cessão de crédito fiscal: natureza jurídica, registro contábil e tratamento tributário

Introdução. 1. Cessão de crédito fiscal: natureza jurídica. 2. Cessão de crédito fiscal: registro contábil. 3. Cessão de crédito fiscal: tratamento tributário.

25

Fábio Pallaretti Calcini - Planejamento tributário: estratégias de defesa na esfera administrativa

1. Introdução. 2. Estratégias de defesa do contribuinte no planejamento tributário. 3. Considerações finais. Conclusão.

34

Guilherme Cezaroti - Novos horizontes no julgamento de ADI contra benefícios fiscais de ICMS concedidos sem aprovação do Confaz

Introdução. 1. Julgamentos monocráticos das ADIs pelos relatores e transcendência dos motivos determinantes. 2. Consequências da declaração de inconstitucionalidade do benefício fiscal concedido sem aprovação do Confaz. 3. O julgamento de ADIs ajuizadas contra normas estaduais que foram revogadas durante o processamento da referida ação. Conclusão.

47

Hugo de Brito Machado - A base de cálculo do ICMS nas vendas a prazo

1. Introdução. 2. A base de cálculo do ICMS na LC nº 87. 3. O preço como elemento essencial do contrato. 4. Ocorrência de dois contratos: venda e financiamento. 5. Os juros não alcançados pelo ICMS. 6. Conclusões.

63

Ives Gandra da Silva Martins - Teleologia dos incentivos fiscais aprovados pela Suframa

74

Leonardo Freitas de Moraes e Castro - Ponderações sobre o regramento dos depósitos judiciais em dinheiro na lei de execuções fiscais

I - Considerações iniciais sobre os depósitos judiciais em dinheiro. II - Execução fiscal proposta pela União Federal ou suas autarquias. III - Execução fiscal proposta pelo Estado, pelo Distrito Federal, pelos Municípios e suas autarquias. IV - Atualização monetária incidente sobre os depósitos federais. V - Trânsito em julgado e devolução do depósito atualizado.

81

A Base de Cálculo do ICMS nas Vendas a Prazo

Hugo de Brito Machado

1. Introdução

A relação tributária é extremamente conflituosa. De um lado, o Fisco pretendendo arrecadar sempre mais, com ou sem apoio na Constituição e nas leis e, do outro, o contribuinte pretendendo excluir ou minimizar o ônus que o tributo representa sobre suas atividades. Daí decorre inegável dificuldade para o regramento jurídico dessa relação, buscando o legislador formas diversas de tolher os caminhos que o contribuinte procura para fazer com que o tributo seja reduzido.

Entre as formas utilizadas pelo legislador, quase sempre aparece o casuísmo. Muitas vezes até o óbvio termina sendo dito nas regras de tributação, como forma de evitar entendimento articulado para burlar a correta aplicação das mesmas. Ou para afastar essa aplicação, posto que também o Fisco geralmente preconiza entendimentos inadmissíveis, com o fito de cobrar tributo maior, como ocorreu no caso dos denominados descontos incondicionais, que a rigor não poderiam de nenhum modo integrar a base de cálculo dos impostos que incidem sobre o valor da operação da qual decorre a saída de mercadorias.

Nesse contexto, destaca-se a questão da definição da base de cálculo do ICMS nas vendas a prazo. Seja nos casos em que o financiamento ocorre através de cartão de crédito administrado por terceiro, seja naqueles em que o financiamento é concedido pelo próprio vendedor, que às vezes pretende excluir a parcela relativa ao acréscimo, que corresponderia aos juros, pelo fato de fazer o respectivo registro separado do registro do preço da mercadoria.

A questão essencial diz respeito à inclusão, ou não, dos acréscimos financeiros na base de cálculo do ICMS. E parece evidente que tais acréscimos não deveriam integrar essa base de cálculo, pois a rigor eles dizem respeito a uma operação de financiamento, e não a uma operação de circulação de mercadorias. Entretanto, temos de considerar a existência de dispositivos expressos, tanto na Lei Complementar nº 87, de 13 de dezembro de 1996, como nas diversas leis estaduais, determinando o contrário, vale dizer, determinando a inclusão dos juros na base de cálculo do ICMS em tais operações.



Hugo de Brito Machado

é Professor Titular de Direito Tributário da UFC e Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários.

É certo que o Supremo Tribunal Federal muito antes manifestou-se no sentido de que os juros não integram a base de cálculo do ICMS na venda em que existe um preço para o pagamento a vista, ou em até 30 dias, e o acréscimo para o caso de o comprador preferir fazer o pagamento em maior prazo.¹ Nessa manifestação, aliás, está colocado o que nos parece ser o elemento essencial da questão, que é a opção assegurada ao comprador para o pagamento do preço a vista, cuja consideração nos permite tratar de forma diferente situações aparentemente iguais. É disto que cuidaremos no presente estudo.

Começaremos examinando a disciplina da base de cálculo do ICMS na Lei Complementar nº 87/1996, e, em seguida, estudaremos o preço como elemento essencial do contrato de compra e venda. Depois examinaremos as situações nas quais existem dois contratos, o de venda e o de financiamento, ligados à operação da qual decorre a circulação das mercadorias, e, em seguida, as situações nas quais os juros não são alcançados pelo ICMS, para, ao final, firmarmos, em síntese, nossas conclusões a respeito do assunto.

2. A Base de Cálculo do ICMS na LC nº 87

2.1. Base de cálculo e âmbito constitucional do imposto

A base de cálculo de um imposto é o aspecto nuclear de sua hipótese de incidência, pois identifica a natureza jurídica específica do tributo e indica o elemento que nos permite, com a aplicação da alíquota correspondente, quantificar o valor devido. E em se tratando de imposto, é a base de cálculo que nos oferece a sua identidade, vale dizer, permite-nos saber de qual imposto se trata, e, desta forma, saber se em sua criação o legislador respeitou os limites definidos em seu âmbito constitucional.

No dizer do Professor Geraldo Ataliba, “não é possível que um imposto sobre o patrimônio tenha por base de cálculo a renda de seu titular. Tal situação - essencialmente teratológica - configuraria um imposto sobre a renda e não um imposto sobre o patrimônio.”² Nessa mesma linha já estava definida a doutrina de Amílcar Falcão, ensinando que “a inadequação da base de cálculo pode representar uma distorção do fato gerador e, assim, desnaturar o tributo”.³

Tais observações são da maior importância, especialmente se tivermos em conta que a Constituição, ao atribuir as competências à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para a instituição de impostos, realizando a discriminação constitucional das rendas tributárias, faz a indicação do que temos denominado âmbito constitucional dos impostos. Se ao Estado é atribuída competência para instituir imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, é evidente que o imposto por ele criado no uso dessa competência não pode ter como base de cálculo algo que não esteja diretamente ligado a uma operação relativa à circulação de mercadorias. Se tiver, a lei que o instituiu será inconstitucional.

¹ STF, 2ª Turma, RE nº 101.103-0, Rel. Ministro Aldir Passarinho, julgado em 18.11.1988, *JSTF* vol. 127, pp. 130/145, citado por José Eduardo Soares de Melo, *ICMS - Teoria e Prática*. 11ª edição. São Paulo: Dialética, 2009, p. 245.

² Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*. 3ª edição. São Paulo: RT, 1984, p. 104.

³ Amílcar de Araújo Falcão, *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. 2ª edição. São Paulo: RT, 1996, p. 138.

Em outras palavras, sendo a base de cálculo que determina a natureza jurídica específica do tributo e identifica o tipo de imposto, a lei que define como base de cálculo de um tributo algo que não está no seu âmbito constitucional viola a regra atributiva de competência. É, portanto, uma lei inconstitucional.

2.2. A base de cálculo do ICMS e a lei complementar

Nos termos da Constituição Federal, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e suas espécies, bem como, em relação aos impostos que discrimina, a definição dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.⁴

Assim, a base de cálculo do ICMS, cuja definição a rigor compete ao legislador de cada Estado, é tratada na Lei Complementar federal, o que se justifica para evitar que em cada Estado exista uma definição essencialmente diferente.

A Lei Complementar nº 87, de 13 de dezembro de 1996, estabelece que a base de cálculo do ICMS é, na hipótese de ocorrência mais comum e que importa diretamente ao tema do presente estudo, vale dizer, na saída de mercadorias do estabelecimento do contribuinte, o valor da operação.⁵ Como neste estudo cuidamos apenas da base de cálculo do ICMS nas vendas a prazo, deixamos de examinar outras questões relacionadas à base de cálculo desse imposto e nos fixamos apenas no alcance da expressão valor da operação.

2.3. O valor da operação e o preço da venda

Embora na generalidade dos casos o valor da operação coincida com o preço da venda da mercadoria, a rigor as expressões *valor da operação* e *preço da venda* não dizem a mesma coisa. Além disto, o legislador tributário tem de considerar sempre a possibilidade de práticas fraudulentas e dispor de forma a dificultar essas práticas.

Justifica-se, portanto, tenha a Lei Complementar nº 87/1996 estabelecido que integra a base de cálculo do ICMS o valor correspondente a “seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição”.⁶ É que o vendedor dispõe de liberdade para assumir tais despesas e fixar o preço de modo a cobrir todas elas, ou então fixar um preço menor e cobrar do comprador, separadamente, tais despesas inerentes à operação. Especialmente em se tratando de juros que sejam receita do próprio vendedor, fica muito fácil para este fixar um preço inferior à realidade e cobrar, a título de juros, valor maior, de forma a compensar a redução do preço, com a consequente redução fraudulenta da base de cálculo do ICMS. Aliás, a demonstrar que a inclusão dos juros na base de cálculo decorre da preocupação em evitar práticas fraudulentas, tem-se admitido que, em situações nas quais são inviáveis essas práticas, os juros não integram a base de cálculo do imposto, como adiante se verá.

⁴ Constituição Federal de 1988, artigo 146, inciso III, alínea “a”.

⁵ Lei Complementar nº 87, de 13 de dezembro de 1996, artigo 13, inciso I.

⁶ Lei Complementar nº 87, de 13 de dezembro de 1996, artigo 13, parágrafo 1º, inciso II, alínea “a”.

Seja como for, certo é que a base de cálculo do ICMS é o *valor da operação* da qual decorre a saída desta do estabelecimento do contribuinte, e não o *preço da mercadoria*.

3. O Preço como Elemento Essencial do Contrato

3.1. Valor e preço

Valor e preço, embora possam em muitos casos coincidir, são coisas diversas. O valor é decorrente de elementos substanciais de ordem econômica. Resulta, no mais das vezes, das denominadas *leis do mercado*. O preço, diversamente, é um elemento jurídico formal, um elemento do contrato de compra e venda. Assim, se a saída da mercadoria decorre de uma doação, por exemplo, ou de uma simples transferência da mercadoria de um para outro estabelecimento,⁷ não se pode falar em preço, pois não existe preço em tais operações.

Ressalte-se que a lei complementar, ao definir o âmbito constitucional de incidência do ICMS, refere-se a “operações relativas à circulação de mercadorias”⁸ e não a compra e venda mercantil. Por isto mesmo, coerentemente, ao referir-se à base de cálculo, utiliza a palavra valor, em vez da palavra preço.

3.2. O preço como simples elemento jurídico formal

O preço, repita-se, é um elemento jurídico formal, um elemento essencial do contrato de compra e venda, que se considera perfeito no momento em que as partes, comprador e vendedor, colocam-se de acordo quanto à coisa (a mercadoria) e quanto ao preço.

Exatamente por ser um elemento do contrato, que decorre da vontade das partes, o preço é definido pelas partes. Pode ser superior, e pode ser inferior ao valor. E pode ser definido pelas partes, no contrato, sem a inclusão de qualquer remuneração pelo crédito na hipótese de se tratar de uma venda a prazo. Por isto mesmo, em um contrato de compra e venda, é possível a existência de um preço da mercadoria e, ainda, separadamente deste, a definição dos juros a serem pagos pelo comprador em razão do prazo que terá para fazer o pagamento.

3.3. Valor como elemento material que pode incluir preço e juros

Já a palavra *valor*, quando referida à saída da mercadoria, como ocorre na disposição legal que define a base de cálculo do ICMS, designa a quantia total relativa àquela operação, na qual podem estar incluídos o preço da mercadoria e os juros.

Valor é sempre um elemento substancial. Referindo-se à operação indica a importância total que circula em sentido oposto àquele no qual circula a mercadoria, e independe inteiramente deste ou daquele contrato, podendo resultar mesmo de vários contratos firmados entre vendedor e comprador.

Se no contrato de venda a prazo tem-se indicado o preço, sem qualquer referência aos acréscimos decorrentes do crédito que o vendedor concede ao comprador, a

⁷ É discutível a validade da definição da saída por transferência como hipótese de incidência do ICMS, mas essa questão é estranha ao tema objeto deste estudo.

⁸ Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, artigo 2º, inciso I.

questão relativa à definição da base de cálculo do ICMS não se apresenta, pois o preço é igual ao valor da operação e sobre esse valor incide o ICMS. Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça sumulou a sua jurisprudência, afirmando que “o ICMS incide sobre o valor da venda a prazo constante da nota fiscal”.⁹

4. Ocorrência de Dois Contratos: Venda e Financiamento

4.1. O interesse na redução do ônus tributário

Ocorre que o contribuinte sempre tem, naturalmente, interesse na redução do ônus tributário. No caso do ICMS esse interesse pode até não se manifestar nas vendas realizadas a revendedores, em razão da não cumulatividade, pois o que é pago pelo vendedor constitui crédito do comprador. Nas vendas a consumidor, todavia, esse interesse é sempre muito forte em razão das alíquotas do imposto serem muito elevadas.

Assim, em se tratando de venda a prazo, as empresas buscam fórmulas capazes de reduzir o ônus do imposto, evitando a incidência deste sobre os acréscimos ao preço da venda, decorrentes do financiamento, e tudo começa com a distinção entre o que é *preço da mercadoria* e o que é *encargo decorrente do financiamento*.

4.2. Contrato de financiamento com terceiro

Se o contrato de financiamento é feito pelo comprador com terceiro, evidentemente os juros e demais custos financeiros não integram a base de cálculo do ICMS. É que neste caso a operação da qual decorre a saída da mercadoria é apenas a consubstanciada pelo contrato de compra e venda. O financiamento, embora de algum modo relacionado com a compra e venda, é consubstanciado em contrato inteiramente autônomo - contrato que não se confunde com o de compra e venda, nem permite ao vendedor a prática de fraude consistente na redução do preço da mercadoria com a elevação correspondente dos custos financeiros.

O terceiro ao qual nos referimos tanto pode ser uma empresa administradora de cartão de crédito como pode ser uma instituição financeira, ainda que esta mantenha servidor seu no estabelecimento do contribuinte vendedor da mercadoria, para fazer o contrato de financiamento com o comprador, em cada caso.

O que importa, além da efetiva separação entre vendedor e financiador, é que exista sempre para o comprador a opção entre comprar pelo preço à vista, sem o financiamento, e comprar com o crédito, suportando os custos deste.

4.3. Dois contratos com as mesmas partes

Situação mais delicada é a que se configura no caso de serem os contratos, de compra e venda e de financiamento, firmados pelas mesmas partes. Em cada uma das operações das quais decorre a circulação de mercadorias, e mais exatamente nas operações das quais decorrem as saídas de mercadorias do estabelecimento dos contribuintes, podem existir dois contratos entre o vendedor e o comprador da merca-

⁹ STJ, Súmula nº 395, em *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 171. São Paulo: Dialética, dezembro de 2009, p. 224.

doria: um contrato de compra e venda e um contrato de financiamento. No contrato de compra e venda fica pactuado o preço da mercadoria. E no contrato de financiamento, os juros e outros encargos financeiros.

Sempre que tais contratos são celebrados pelas mesmas partes, de um lado o vendedor, que é também o financiador, e do outro o comprador, que é também o tomador do crédito, a lei manda que se considere um único valor para a operação, representado pela soma do preço da mercadoria e dos juros. Essa é a regra, que tem por finalidade evitar a fraude consistente no subfaturamento da mercadoria.

Entretanto, se assegurada ao comprador a opção pelo pagamento do preço a vista em até 30 dias, os acréscimos financeiros não integram a base de cálculo. Tal opção é na verdade o elemento decisivo. A rigor, fica estabelecido o preço de venda a vista, podendo o pagamento ser feito em até 30 dias. Se o comprador não fizer o pagamento nesse prazo, optando pelo financiamento que o vendedor lhe concede, pagará os custos do financiamento que, neste caso, não integram a base de cálculo do imposto.

Para a concessão do financiamento, as empresas em geral adotam o sistema de cartão de crédito, que significa o prévio credenciamento do cliente para a concessão de financiamentos em razão de suas compras. Sobre o tema, aliás, já escrevemos:

“No sistema de vendas no crediário existe um contrato de compra e venda, no qual é fixado desde logo o preço da mercadoria, em função do prazo de pagamento. Os juros, neste caso, integram a base de cálculo do ICMS porque fazem parte do valor da operação da qual decorreu a saída da mercadoria.

No sistema do cartão de crédito existem dois contratos. Um de abertura de crédito, que permanece vigente por um certo prazo, mesmo que nenhuma compra e venda aconteça. E um contrato de compra e venda mercantil para cada venda efetuada ao favorecido com a abertura do crédito. Em cada venda é acertado um preço, para pagamento em um prazo geralmente não superior a trinta dias, que em muitas lojas é igual ao preço para pagamento a vista. É esse preço que constitui a base de cálculo do ICMS. Em razão do contrato de abertura de crédito, porém, o comprador pode optar por um prazo maior, para pagamento de parte de seu débito. Tal opção nada tem a ver com o contrato de compra e venda, e os juros que neste caso são devidos constituem receita financeira da empresa e não integram a base de cálculo do ICMS porque não fazem parte do valor da operação de que decorreu a saída da mercadoria.

Mesmo que se entenda que do ponto de vista da realidade econômica há apenas um negócio, que é a compra e venda, há uma diferença essencial entre os dois sistemas: a definição do preço e do prazo para o pagamento da mercadoria e, consequentemente, do valor da operação de que decorre a saída desta. No primeiro, essa definição acontece no momento da venda. No segundo, define-se o preço para pagamento em determinado prazo, que em princípio equivale ao preço para pagamento a vista, enquanto a cobrança de juros fica a depender do exercício, pelo comprador, da opção que lhe é assegurada para pagamento em prazo maior.”¹⁰

E logo adiante apontamos a razão essencial da diferença, que justifica a não inclusão dos acréscimos financeiros na base de cálculo do ICMS, esclarecendo:

¹⁰ Hugo de Brito Machado, *Aspectos Fundamentais do ICMS*. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 83/84.

“A fórmula é perfeita, porque afasta inclusive a possibilidade de fraude, consistente em subfaturar a mercadoria e cobrar juros superiores aos do mercado, fugindo assim à incidência do ICMS sobre o valor da mercadoria vendida. Facultada, como é, ao comprador a opção pelo prazo maior, se o valor atribuído às mercadorias estiver abaixo do real, certamente o comprador efetuará o pagamento no menor prazo, ainda que se tenha de valer de outras fontes de financiamento.”¹¹

Foi este, aliás, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou como elemento essencial para a exclusão dos encargos financeiros da base de cálculo do então ICM, mesmo que o financiamento fosse concedido pelo próprio vendedor da mercadoria. Na ementa do julgado que consagrou tal entendimento está dito:

“Embora o financiamento do preço da mercadoria, ou de parte dele, seja proporcionado pela própria empresa vendedora, o ICM há de incidir sobre o preço ajustado para a venda, pois esse é que há de ser considerado como o do valor da mercadoria, e do qual decorre a sua saída do estabelecimento vendedor. O valor que o comprador irá pagar a maior, se não quitar o preço nos 30 dias seguintes, como faculta o contrato do Cartão Especial, decorre de opção sua, e o acréscimo se dá em razão do financiamento, pelo custo do dinheiro, e não pelo valor da mercadoria.”¹²

Como se vê, o elemento decisivo para que sejam os encargos financeiros excluídos da base de cálculo do ICMS é mesmo a faculdade atribuída ao comprador de fazer o pagamento da mercadoria considerando-se o preço fixado para a venda à vista. Os encargos financeiros, em tal caso, são assumidos por opção do comprador, o que afasta inteiramente a possibilidade da prática de fraude pelo vendedor.

4.4. Autonomia do contrato de financiamento

Considerado o âmbito constitucional do ICMS, constituído por operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação,¹³ é evidente que esse imposto não pode incidir sobre juros que se caracterizam como elemento de uma operação financeira. A questão que se coloca, repita-se, está em se determinar quando efetivamente existe autonomia do contrato de financiamento, capaz de garantir que o vendedor de mercadorias, na condição de contribuinte do ICMS, não vai cobrar do comprador, a título de juros, quantia que na verdade corresponde a uma parcela do preço de venda destas, fugindo dessa forma à incidência do ICMS.

Não temos dúvida de que a regra albergada pelo artigo 13, inciso II, alínea “a”, da Lei Complementar nº 87/1996, a dizer que integra a base de cálculo do ICMS o valor correspondente a “seguros, juros e demais importâncias recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição”, deve ser interpretada tendo-se em vista a autonomia do contrato de financiamento, para que assim possam ser evitadas práticas fraudulentas.

¹¹ Hugo de Brito Machado, *Aspectos Fundamentais do ICMS*. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 1999, p. 84.

¹² STF, 2ª Turma, RE nº 101.103-0, Rel. Ministro Aldir Passarinho, julgado em 18.11.1988, *JSTF* vol. 127, pp. 130/145, citado por José Eduardo Soares de Melo, *ICMS - Teoria e Prática*. 11ª edição. São Paulo: Dialética, 2009, p. 245.

¹³ Constituição Federal de 1988, artigo 155, inciso II.

4.4.1. Seguros

Com a referência a seguros, o legislador evita que o contribuinte vendedor assuma o risco por danos à mercadoria até o seu efetivo recebimento pelo comprador, e cobre por isto uma quantia, separada do preço, fugindo assim do ICMS sobre essa parcela.

Realmente, embora ao contribuinte, em princípio, não seja lícito fazer um contrato de seguros, porque não autorizado ao desempenho dessa atividade, nada lhe impede de assumir o risco pela entrega da mercadoria no estabelecimento do comprador. Assim, se não fora a referência albergada pelo dispositivo legal em exame, poderia o contribuinte vendedor fugir à incidência do ICMS sobre parcela do preço da mercadoria vendida, recebendo ou debitando ao comprador uma parcela deste a título de seguros.

4.4.2. Juros

Com a referência a juros, o legislador evita que o contribuinte vendedor, embora celebrando com o comprador apenas o contrato de compra e venda mercantil, estabeleça neste um preço significativamente menor do que o valor da mercadoria, fugindo assim à incidência do ICMS, mas possa dispor de um título de crédito contra o comprador correspondente ao valor total da operação, no qual inclui juros que podem ser superiores aos vigentes no mercado.

O valor total da operação já estará definitivamente estabelecido no contrato de compra e venda mercantil, que estabelece também os juros. Por isto mesmo é que o valor destes deve integrar, nos termos da Lei Complementar nº 87, a base de cálculo do ICMS.

4.4.3. Demais importâncias recebidas ou debitadas

A referência a demais importâncias recebidas ou debitadas evita que o contribuinte vendedor, com o propósito de reduzir a base de cálculo do ICMS, estabeleça um preço menor do que o valor da mercadoria e, a qualquer pretexto, cobre, sob a denominação que lhe parecer cabível, outras quantias para completar o preço realmente praticado.

Também neste caso o contrato é um só, o de compra e venda mercantil, que disfarça parcela do preço dando-lhe outras denominações.

4.4.4. Descontos concedidos sob condição

A referência aos descontos concedidos sob condição justifica-se pelo fato de que no momento em que se consuma o fato gerador do imposto esses descontos ainda não existem. Estão a depender de evento futuro e incerto. Assim, a base de cálculo do imposto há de ser mesmo o preço da mercadoria, estabelecido no contrato de compra e venda. E o contribuinte vendedor geralmente prefere fixar desde logo um preço mais elevado nas vendas a prazo, incluindo nesse valor o custo do crédito, porque assim procedendo fica formalmente garantido, e pode inclusive emitir a correspondente duplicata mercantil, e dispor desse título de crédito negociável.

A mesma razão que justifica a não consideração dos descontos condicionais na base de cálculo do ICMS justifica a inclusão nesta dos juros desde logo estabeleci-

dos e devidos pelo comprador, independentemente de qualquer condição futura. É que existe um só contrato e neste fica desde logo estabelecido o valor total da operação. Como esse valor é a base de cálculo do imposto, não importa sejam prometidos descontos se ocorrer pagamento em menor prazo, nem se ocorrer dilatação do prazo com acréscimo de juros. Importa o valor devido pelo comprador ao vendedor na data da operação, que é uma só.

4.5. O financiador representado pelo vendedor

Quando o financiador é um terceiro, seja uma empresa administradora de cartão de crédito, seja uma instituição financeira que abre o crédito direto ao consumidor, os juros não integram a base de cálculo do ICMS e não existe, em princípio, a preocupação com práticas fraudulentas. A preocupação com a possibilidade de fraude, todavia, está presente nas situações em que o financiamento é concedido por terceiro, mas este é representado nos contratos pelo próprio vendedor da mercadoria, que mantém com ele estreito relacionamento comercial.

Na verdade, a razão pela qual o legislador determinou a inclusão na base de cálculo do ICMS dos juros recebidos pelo vendedor, ou debitados por ele ao comprador, consiste na precaução contra práticas fraudulentas, de sorte que nas situações em que essas práticas fraudulentas sejam inviáveis, não se aplica o dispositivo legal em questão.

Ocorre que, nas situações em que o financiador é representado nos contratos pelo vendedor das mercadorias, fica aberta a possibilidade para práticas fraudulentas, consistentes na cobrança de juros mais elevados e preços menores, especialmente nos casos em que o vendedor utilize financiamentos outros da mesma instituição financeira. O ônus do ICMS é de tal modo elevado que pode ensejar subfaturamento das mercadorias, compensado com a cobrança de juros mais elevados, nos financiamentos a compradores de mercadorias, suprimindo-se a diferença desses juros com os juros cobrados em outros financiamentos.

5. Os Juros não Alcançados pelo ICMS

5.1. Juros auferidos por terceiros

Conforme já explicamos no subitem 4.2 deste estudo, se os juros são auferidos por terceiro, e não pelo vendedor da mercadoria, dúvida não pode haver. Eles não integram o valor da operação da qual decorre a saída dessa mercadoria do estabelecimento do contribuinte e, portanto, não integram a base de cálculo do ICMS.

Esta é a situação que geralmente se configura nas vendas para pagamento mediante cartão de crédito não administrado pela empresa vendedora. Existem dois contratos distintos: um de compra e venda e outro de financiamento, e os ônus suportados pelo tomador do crédito naturalmente não integram a base de cálculo do ICMS.

5.2. Juros cobrados pelo vendedor da mercadoria

Nas vendas a prazo, quando o contrato de compra e venda estabelece desde logo um preço maior do que o praticado nas vendas a vista, a diferença com certeza corresponde aos juros pelo crédito concedido ao comprador, mas, neste caso, eles in-

tegram a base de cálculo do ICMS. Seja porque o contrato nem se refere a juros, mas simplesmente indica um preço maior do que o praticado nas vendas a vista, seja porque, embora constem do contrato separadamente do preço e sejam recebidos a título de juros, existe dispositivo legal expresso determinando que estes integram a base de cálculo do imposto.¹⁴

Entretanto, se ficar afastada a possibilidade de práticas fraudulentas, tendo-se o preço de venda das mercadorias fixado sem qualquer distorção, e no momento da venda esse preço for conhecido, com certeza não haverá razão para a inclusão dos juros na base de cálculo do ICMS.

Tal possibilidade fica definitivamente afastada precisamente pela opção assegurada ao comprador de fazer o pagamento dentro de certo prazo pelo preço praticado nas vendas a vista.

5.3. *A garantia ao comprador da opção pelo preço a vista*

Realmente, sempre que exista a possibilidade de práticas fraudulentas consistentes no subfaturamento das mercadorias compensado com a cobrança de encargos financeiros maiores do que os praticados no mercado de crédito em geral, incide a regra que manda incluir os juros na base de cálculo do ICMS. E essa possibilidade de fraude existe tanto nos casos em que o financiamento é concedido pelo próprio vendedor da mercadoria, como nos casos em que o financiador seja representado nos contratos pelo próprio vendedor da mercadoria.

Nas vendas a prazo, todavia, os juros não integram a base de cálculo do ICMS quando exista verdadeira autonomia entre os contratos de compra e venda e de financiamento, mesmo quando o crédito seja concedido ao comprador pelo próprio vendedor. E essa autonomia caracteriza-se pela opção, concedida ao comprador da mercadoria, para fazer o pagamento no prazo de 30 dias, pelo preço de venda a vista.

Realmente, diante da opção assegurada ao comprador para fazer o pagamento em certo prazo pelo preço a vista, o vendedor não terá nenhum interesse em praticar o subfaturamento, vale dizer, não terá interesse em estabelecer o preço a vista em quantia inferior ao valor de mercado da mercadoria, porque, se o fizer, a opção do comprador pelo pagamento a vista certamente lhe causará prejuízo maior do que a economia feita com a redução fraudulenta do ICMS.

6. Conclusões

Em face do exposto chega-se facilmente às seguintes conclusões:

1ª) A base de cálculo do ICMS nas vendas a prazo é o valor total da operação, no qual se incluem quaisquer parcelas debitadas pelo vendedor ao comprador, sejam quais forem as denominações a elas atribuídas no contrato.

2ª) A razão pela qual a lei estabelece a regra na qual se apoia a conclusão anterior consiste em evitar práticas fraudulentas por parte do vendedor da mercadoria, que eventualmente pode reduzir o preço, cobrando a diferença com outras denominações.

¹⁴ Lei Complementar nº 87/1996, artigo 13, parágrafo 1º, inciso II, alínea "a".

3ª) Havendo, porém, verdadeira autonomia do contrato de financiamento em relação ao contrato de compra e venda, como em princípio acontece quando o financiamento é contratado com terceiro, os acréscimos decorrentes do financiamento não integram a base de cálculo do imposto.

4ª) Nos casos em que o financiamento é contratado com terceiro, todavia, se este é representado no ato pelo vendedor da mercadoria que com ele mantém estreito relacionamento, a possibilidade de fraude na determinação do preço e do valor dos juros está presente, sendo exigível, portanto, uma cláusula que assegure ao comprador o direito de optar pelo pagamento a vista e, assim, livrar-se do contrato de financiamento.

5ª) A cláusula que assegura ao comprador o direito de pagar, em certo prazo, o preço a vista, torna incerto o acréscimo dos juros, justificando, assim, que estes não sejam incluídos na base de cálculo do ICMS, pela mesma razão que nesta não são incluídos os juros dobrados pelo vendedor no caso de não pagamento no prazo acertado.