

Revista de Direito Tributário

ANO 13

— JANEIRO-MARÇO DE 1989

— Nº 47

SISTEMA TRIBUTÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 — I

Competência tributária dos estados e municípios — J. Souto Maior Borges;
Taxas e preços no novo texto constitucional — Geraldo Ataliba;
As inovações tributárias — Antônio Roberto Sampaio Dória; **Princípio da praticabilidade do direito tributário (Segurança Jurídica e tributação):**
— Misabel de Abreu Machado Derzi; **Classificação dos tributos**
— Sacha Calmon Navarro Coêlho; **Contribuição no Direito brasileiro**
— Américo Lacombe; **Segurança jurídica e tributação** — Dina Malerbi;
Tributação do comércio exterior — Osiris Azevedo Lopes Filho; **Capacidade contributiva** — Eduardo D. Botallo; **Impostos municipais** — Aires F. Barreto.

CADERNOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

O ICMS, O IOF E AS VENDAS FINANCIADAS DE MERCADORIAS

FERNANDO FACURY SCAFF

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Professor da
Universidade Federal do Pará; Procurador da Fazenda Nacional

1. O intuito deste nosso breve estudo é verificar se é devido o ICM (ou o ICMS) na parcela financiada das vendas de mercadorias. Ou seja, se a quando da venda de certo produto, o ICM(S) incidiria sobre o valor considerado "a vista" ou sobre o valor "a prazo"? Isto decorre de divergências de entendimento entre contribuintes e o Fisco Estadual de diversas Unidades da Federação, as quais pretendem ver tributada a operação sobre seu valor acrescido, e não apenas sobre o preço de venda da mercadoria.

2. A primeira consequência jurídico-econômica desta diversidade de óticas é que uma mesma mercadoria que na modalidade de venda "a vista" importa em NCz\$ 100,00; na modalidade de venda "a prazo", em 10 meses, passará a custar, por exemplo, NCz\$ 500,00. Daí que, caso a operação tributada pelo ICM(S) na alíquota de 17% tiver como base de cálculo o preço "a vista", o valor devido a título de imposto será de NCz\$ 17,00. Diversamente ocorrerá se for considerado com base de cálculo o preço de venda "a prazo", o que acarretará um montante de NCz\$ 85,00 a ser recolhido aos cofres estaduais.

3. Depreende-se então que o cerne da questão é se determinar qual a base de cálculo do ICM(S), e se os acréscimos financeiros nas operações de venda "a prazo" estão nela incluídos.

4. O ICMS é um imposto criado pela Constituição Federal de 1988 (art. 155, I, "b", abrangendo o anterior ICM (art. 23, II, da CF de 1967), que tributava as operações relativas à circulação de mercadorias, e tendo sua competência mais alargada, abrangendo as hipóteses de prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, bem como a prestação dos serviços de comunicação.

5. Desde logo então impõe-se um contraponto para afirmar *in genere* que o entendimento que passaremos a expor sobre ICMS, no âmbito das operações relativas à circulação de mercadorias, servirá para abranger também as operações tributadas pelo seu antecessor, o ICM.

6. Ora, não podemos tratar de base de cálculo sem falarmos na hipótese de incidência do imposto.

7. A dicção constitucional prevê a seguinte "hipótese de incidência" para o ICMS: "Art. 155 — Compete ao Estado e ao Distrito Federal instituir: I — Impostos sobre: b) operações relativas a circulação de mercadorias ... (grifo nosso).

8. Desde logo depreende-se que o cerne desta espécie impositiva visa alcançar a operação de circulação da mercadoria. Pode parecer redundante tal asser-

tiva, mas não é! Demonstra desde logo que o expresso intuito do constituinte foi o de tributar operações em que **mercadorias** circulassem. E tão-só! Como a operação de circulação de mercadorias nem sempre é um ato jurídico simples, mas um ato jurídico complexo, que não se esgota na mera escolha do bem e seu pagamento, outras espécies tributárias poderão incidir sobre esta operação.

9. Verifiquemos o que dispõe o art. 153, V, da atual Constituição acerca do Imposto incidente sobre Operações Financeiras: “Art. 153 — Compete à União instituir impostos sobre: V — Operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários”.

10. A **hipótese de incidência** deste imposto, comumente chamado de Imposto sobre Operações Financeiras — IOF, desdobra-se em quatro distintas configurações. Pode haver sua incidência quando ocorram operações de crédito, quando ocorram operações de câmbio, de seguro, ou mesmo de títulos ou valores mobiliários. Debrucemo-nos apenas sobre a primeira destas configurações, a que determina sua incidência quando ocorram **“operações de crédito”**.

11. Por **hipótese de incidência** de “operação de crédito”, o Código Tributário Nacional especifica no art. 63, I, *litteris*: “I — quanto às operações de crédito, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado”.

12. Ora, depreende-se do exposto que nesta hipótese, o tributo é gerado quando ocorre uma operação financeira, mais propriamente no instante em que o crédito é entregue ou posto à disposição do interessado.

13. Cotejando então os dois impostos verifica-se que: 1) Uma das hipóteses de incidência do ICM(S) ocorrerá quando da operação de circulação de **mercadorias**; e que 2) Uma das hipóteses de incidência do IOF ocorrerá quando de uma operação de crédito, entregando-o ou pondo-o à disposição de um interessado.

14. Como é sabido, e determinado pela Lei 4.595/64, é privativo de instituições financeiras licenciadas pelo Conselho Monetário Nacional e fiscalizadas pelo Banco Central, operar com o mercado de crédito.

15. Tanto assim é que as instituições financeiras são responsáveis pela cobrança deste imposto e por seu recolhimento ao Banco Central, consoante a Res. BACEN 816/83; a qual também especifica como **contribuinte do imposto os tomadores de crédito**.

16. Difere em muito do que é disposto no art. 6.º, do Dec.-lei 406/68, que estabelece como **contribuintes do ICM(S) o comerciante, industrial ou produtor que promova a saída da mercadoria**.

17. No que tange à **base de cálculo** a diversidade permanece. A do IOF, segundo a Res. BACEN 816/83 é: IV — nas operações de **crédito ao consumidor ou de usuário final de bens ou serviços**, bem como nas de refinanciamento de venda a prestação, deferidas por sociedades de crédito, financiamento e investimento e pela Caixa Econômica Federal, o **valor do principal entregue ou colocado à disposição do interessado** (grifos nossos).

18. No que se refere ao ICM(S), estipula o Dec.-lei 406/68, art. 2.º, I: “Art. 2.º — A base de cálculo do imposto é: I — O valor da operação de que decorrer a **saída da mercadoria**” (grifo nosso).

19. Enfim, todos estes diversos pontos foram ressaltados para concluir pela **indiscutível diversidade entre as duas espécies impositivas: o IOF e o ICM(S)**. Não há como se querer confundi-los. Basta que se determine com precisão, em

cada qual das diversas fases de uma determinada operação econômica complexa, quais os impostos incidentes.

20. Feitas estas considerações, passemos a um breve cotejo com a realidade.

21. As empresas que têm como objeto a compra e venda de mercadorias, dentre outras atividades — as chamadas Empresas Comerciais — vendem uma enorme gama de produtos em seu(s) estabelecimento(s), e, com isto, põem à disposição de sua clientela uma diversidade de bens, que são **ofertados** para serem comprados de duas formas: ou “a vista” ou “a prazo”.

22. No que se refere aos atos jurídicos e econômicos decorrentes das compras “a vista, não há qualquer dificuldade, uma vez que, escolhido o produto e pago o preço “a vista”, nasce a obrigação tributária de pagar o ICM(S) pertinente, uma vez que: 1) Ocorreu o “fato gerador prescrito na hipótese de incidência” — houve uma operação de circulação de mercadorias; 2) A Empresa é contribuinte do ICM(S); 3) A base de cálculo é o valor cobrado pela Empresa por aquela determinada mercadoria.

23. Diversamente ocorrerá quando a venda se der na forma “a prazo”. O ato jurídico e econômico daí decorrente é o que se denomina de “ato complexo”, e deve ser dissecado para que se possa apurar qual o imposto devido em cada qual de suas fases.

24. Inicialmente ocorre a escolha da mercadoria a ser comprada. Posteriormente, o adquirente verifica que o preço “a vista” não lhe é interessante e resolve comprar o bem em questão de maneira “a prazo”.

25. Isto posto, encaminha-se o adquirente para obter crédito junto a uma Instituição Financeira, a fim de levantar fundos suficientes para pagar o preço cobrado pela Empresa Comercial para vender aquele bem. Pode até ser que a Instituição Financeira seja do mesmo grupo econômico da Empresa Comercial; ou ter um **stand** de vendas no próprio estabelecimento da Empresa Comercial; ou mesmo ainda, a financeira apenas delimitar certo montante de crédito para que a Empresa Comercial tenha à disposição de seus clientes para vendas “a prazo”, estes sim, os verdadeiros “tomadores do crédito”. Nesta última hipótese apenas ocorre da Instituição Financeira estabelecer limites para financiar os clientes daquela Empresa Comercial, porém o tomador do crédito será o adquirente da mercadoria pela modalidade de venda “a prazo”, e o débito diferido deste será para com a financeira, e não para com a Empresa Comercial.

26. Preenchidos os requisitos exigidos pela Instituição Financeira, é liberado ao adquirente o valor necessário para comprar o bem junto à Empresa Comercial. Esta entrega-o, mediante o recebimento do valor cobrado. E o adquirente assume o débito junto à Instituição Financeira.

27. Ou seja, para comprar uma mercadoria, o adquirente obtém crédito junto à uma Instituição Financeira. O dinheiro do preço “a vista” é repassado à Empresa vendedora da mercadoria, e o custo do dinheiro, ou melhor, do crédito aberto pela Instituição Financeira, é assumido pelo adquirente.

28. Temos então as seguintes fases: 1) É escolhida uma mercadoria que custa, por exemplo, NCz\$ 100,00; 2) O adquirente não possui este dinheiro e recorre a uma Instituição Financeira que lhe abre um crédito neste valor, de NCz\$ 100,00; 3) Com o dinheiro obtido, decorrente do crédito aberto pela financeira, o adquirente paga a mercadoria pelo preço “a vista”; 4) E o adquirente assume junto à financeira o débito decorrente do crédito aberto. E, pelos NCz\$

100,00 emprestados, o adquirente pagará à financeira, seguindo o mesmo exemplo, NCz\$ 500,00; da forma dentre eles contratada.

29. Ou seja, a **base de cálculo do ICM(S)** será o preço cobrado pelo comerciante na venda (saída) da mercadoria, **in casu**, NCz\$ 100,00; a serem pagos pelo comerciante. Conseqüentemente, a **base de cálculo do IOF** será o montante do crédito contratado, **in casu**, NCz\$ 500,00; a serem pagos pelo tomador do crédito — o adquirente.

30. Decorre daí que, para efeitos econômicos, para a Empresa Comercial, não há diferença entre as vendas “a vista” e as vendas “a prazo”. Ela recebe a **mesma quantia** em ambas as hipóteses. A diferença é determinante para o adquirente, que assumirá os encargos financeiros decorrentes do crédito que lhe foi aberto.

31. **Apenas na aparência a Empresa Comercial recebe um valor superior nas vendas “a prazo”**. O diferencial fica por conta do “custo do dinheiro”, cobrado pela Instituição Financeira em razão crédito aberto ao adquirente. A venda “a prazo” se dá por **razões mercadológicas**, pois visa possibilitar que um cliente que não dispõe de dinheiro suficiente para pagar o preço integral daquele bem possa fazê-lo, desembolsando periodicamente valores menores, mas que, **in fine** serão superiores ao preço original. O diferencial decorre de **spreads**, juros, correção monetária etc..., cobrados pelas instituições financeiras, de conformidade com Resoluções do Banco Central. Sobre este **plus** financeiro incidirá o IOF. Para a Empresa Comercial, repetimos, ficará apenas e tão-somente o preço cobrado inicialmente “a vista”, o qual servirá de **base de cálculo** para o ICM(S).

32. Diverso tratamento **comercial** será dado caso a Empresa Comercial venha a ser **fiadora e principal pagadora** do empréstimo obtido pelo adquirente junto à Instituição Financeira. Todavia, como referimos, o diverso tratamento será **meramente comercial**, uma vez que para efeito tributário, **pertinente às hipóteses de incidência de IOF e de ICM(S)**, tal fato se configura irrelevante.

33. Possivelmente, a interpretação fiscal venha se baseando na Lei 6.463, de 9.11.77, que torna obrigatória a declaração de preço total nas vendas e prestação, dispondo: “Art. 10 — Nas vendas a prestação de artigos de qualquer natureza e na respectiva publicidade escrita e falada, será obrigatória a declaração do preço de venda a vista da mercadoria, além do número de do valor das prestações mensais a serem pagas pelo comprador”.

34. Apenas supomos que a interpretação fiscal venha se embaçando no artigo 1.º desta Lei, contudo, se assim for, o parágrafo único do próprio art. 1.º resolverá a questão: “Parágrafo único — é obrigatória a emissão de fatura nas vendas de mercadorias a prestação, da qual, além dos demais requisitos legais, **deverão constar, separadamente, o valor da mercadoria e o custo do financiamento**, de forma a documentar o valor total da operação” (grifos nossos).

35. É claro que discriminar na própria fatura o preço de venda da mercadoria e o preço do financiamento, visa deixar transparente a **base de cálculo** de cada qual das **hipóteses de incidência tributária**.

36. E outra não tem sido a opinião da boa doutrina. Geraldo Ataliba e Cléber Giardino, professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e autores de renomada, ao apreciar situação símile no que se refere à vendas financiadas e o ICM, escreveram: “Bem se percebe que a Consulente, **empresa comercial**, cumpriu sua função econômica: vendeu, entregou e recebeu o preço. Preço este que é o da venda a vista, desde o início assim determinado, pois os

acréscimos, que onerarão o cliente, são **custos financeiros**, acrescidos da remuneração dos serviços da instituição financeira, ou custo do financiamento. Estes acréscimos, bem se vê, decorrem do contrato de financiamento. Correspondem ao preço do dinheiro mutuado, via financiamento, e não ao preço da mercadoria, fixado a vista, imutável, e assim devidamente pago. Tais acréscimos, aliás, vão remunerar a instituição financeira" (RD Tributário, n. 41, São Paulo, Ed. RT, jul/set-87, p. 102) (os grifos são dos autores).

37. E concluem os citados professores: **"in casu" a compra e venda é negócio autônomo, distinto e inconfundível com a outra operação, lógica e cronologicamente subsequente, que é o financiamento.** Não tem, destarte, cabimento pretender-se associá-la a este. Tratando-se de negócios diversos, só mesmo propósitos fiscalistas poderiam justificar o tipo de interpretação que os fatos tem merecido (...)" (ob. cit., p. 111) (os grifos são nossos).

38. Carlos Thompson Flores, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal adota idêntico ponto de vista. Em trabalho publicado acerca do tema escreveu: "Os contratos de compra e venda realizados, e assim processados, de há muito estavam **findos, porque completos, perfeitos e acabados**, nos precisos termos do art. 191 do CC Comercial (sic), nada tendo a ver com aqueles considerados a prazo ou em prestações (...). Ditas compras estavam sujeitas, pois, é exato e não se discute, ao pagamento do ICM, mas correspondente ao valor das vendas e compras a que se referem, como valor da operação, preço certo, outro não podendo ser senão aquele ocorrido no instante da **saída** das mercadorias adquiridas dos clientes, e a esse tempo (...). As despesas emergentes do financiamento, repita-se, não poderiam, assim, integrar o valor da operação, de qual decorreu a saída das mercadorias alienadas, e, ademais, o que é decisivo, estavam sujeitas a outro tributo, o IOF, a cargo de outra fonte arrecadadora, a União Federal" (RD Tributário, n. 34, São Paulo, Ed. RT, out/dez-85, pp. 91-2) (os grifos são do autor).

39. E, de forma fulminante, arremata o ex-Ministro do STF: "Tudo isso se apresenta, ao aplicador da lei, translúcido e solar, e, como diria o Padre Vieira, **só os cegos não vêem, ou, o que é pior, por aqueles que tendo olhos, não querem ver**" (ob. cit., p. 92) (os grifos são do Autor).

40. Enfim, apreciando as diversas razões constitucionais, legais, lógicas e doutrinárias, inclusive de seu ex-Ministro, o Supremo Tribunal Federal, **à unanimidade de sua 2.ª Turma**, decidiu uma lide em que tal discussão foi aventada, sendo a Empresa autuada a Mesbla S/A e o órgão autuante o Estado do Rio Grande do Sul. Decidiu então o STF: "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 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 subsequentes, como faculta o Cartão Especial Mesbla, decorre de opção sua, e o **acréscimo se dá em razão do financiamento, pelo custo do dinheiro, e não pelo valor da mercadoria**" (RE 101.103-3-RS. Relator Min. Aldir Passarinho. DJU 13.3.89).

41. No caso em apreço pela 2.ª Turma do STF, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul havia dado ganho de causa ao Governo do Estado (Fisco Estadual), confirmando a sentença a **quo**, que havia sido em igual sentido. Interposto o recurso extraordinário, como acima referido, a **Procuradoria**

Geral da República opinou favoravelmente ao recorrido (Fiscal Estadual), no sentido de ser devido o ICM sobre o valor total da operação.

42. Corajosamente, a 2.^a Turma do STF reformulou a decisão do Tribunal de Justiça gaúcho, contra o parecer da Procuradoria Geral da República, **muito embora tenha feito a ressalva de que apreciava a matéria apenas nos estreitos limites do processo, que versava sobre financiamentos efetuados pela Mesbla S/A, através de seu "Cartão de Crédito Mesbla"; não abrangendo nenhuma outra espécie de compra financiada através de outros Cartões de Crédito.** Expôs o eminente Ministro Relator: "...o enfoque há de ser dado estritamente considerando-se como sendo a **própria empresa Mesbla S/A a financiadora da compra, (...) a operação há de ser compreendida apenas entre a Mesbla S/A e os titulares dos cartões especiais de crédito, ...**" (fls. 12 do acórdão, cópia do processo) (grifos nossos).

43. O Ministro Relator, embora não adentrasse no problema, **acenou com a possibilidade de haver diferença entre as vendas financiadas pelo Cartão de Crédito emitido pela própria Empresa Comercial e as vendas financiadas como um todo.** Citou, em sua preleção, acórdão exarado pela Egrégia 10.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no MS 95.988-2-SP, que apreciou questão idêntica, acerca de outra Empresa Comercial com diversos estabelecimentos, e que recebeu a seguinte ementa: "Imposto — Circulação de Mercadorias — Vendas efetuadas através de cartão de crédito emitido pelo próprio vendedor — Acréscimos relativos ao financiamento que não se incluem na base de cálculo do ICM — Segurança concedida — Recurso provido" (RTJESP 104/193, consoante o Ministro Relator).

44. Em seu voto, pronunciou-se o eminente Min. Francisco Rezek, de forma clara, demonstrando que, na hipótese do STF tomar outra decisão que não fosse a de excluir o **plus** financiado da base de cálculo do ICM, estaríamos em face de: "uma hipótese provavelmente única, em que se dissocia o ICM da **nota fiscal.** Não me ocorre nenhuma outra. A nota fiscal é o documento onde se estampa o valor da operação, e onde necessariamente se estampa, por isso mesmo, o valor do ICM. Estaríamos na presença de notas fiscais que não refletem o valor verdadeiro da operação, porque haveria um valor aleatório possível, sobre o qual o Estado federado poderia, mais tarde, fazer incidir nova quota de ICM" (grifo do autor) (p. 19 do acórdão, cópia do processo).

45. Não quis este Eminentíssimo Ministro abonar a teve de que **invariavelmente** sobre a parcela financiada das vendas deve incidir o IOF, e não o ICM(S). Não o fez, mas também não rechaçou-a. Pelo que pude depreender de sua posição face à Turma onde se processou o julgamento, o digno Min. Francisco Rezek, ao concordar com o voto do Ministro Relator, apenas fez constar sua lúcida posição, mas não foi além dos limites da questão posta.

46. Entendemos que o STF, através de sua 2.^a Turma, mais uma vez agiu acertadamente, como de hábito, porém de forma "pontual" (como diriam nossos irmãos lusitanos). Foi correto o entendimento "**in casu**", **mas poderiam ter ido além e afirmado a impossibilidade de incidir o ICM(S) sobre a parcela financiada das vendas a prazo, independentemente do cartão de crédito ser emitido pelo próprio estabelecimento ou não,** pelo simples motivo de que a base de cálculo do ICM(S) é o valor da "saída da mercadoria", sendo seus acréscimos **financeiros** formadores da base de cálculo de outro imposto, o IOF, de competência arrecadatória e usufrutuária da União. Misturar as bases de cálculo faria

ocorrer, além de um **bis in idem** uma invasão de esfera de competência, abrangendo os Estados-membros a competência impositiva federal.

47. Logo, cumpre-nos aplaudir a 2.^a Turma do STF na solução da lide, ao reformar a decisão do MM. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Porém temos que apontar sua timidez, visto que poderia ter criado jurisprudencialmente uma regra mais ampla, cogente para os casos símiles, mas não idênticos, que por certo surgirão, nas hipóteses de vendas financiadas por cartões de crédito que não emitidos pelo próprio estabelecimento comercial.

48. Nossa opinião, face a todo o exposto, não poderia deixar de ser concluindo pela **desnecessidade de pagamento de ICM(S) sobre a parcela financiada do preço das mercadorias, mas apenas sobre o valor referente à saída da mercadoria do estabelecimento Comercial**. O diferencial decorre do custo do dinheiro, além de outros fatores, mas que são de responsabilidade do tomador de crédito perante a Instituição Financeira, e sobre os quais incide o IOF.