

Incidência (ou não) de ICMS sobre os encargos financeiros nas vendas a prazo e sobre garantia estendida

André Mendes Moreira

Professor Adjunto de Direito Tributário dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da UFGM. Professor Adjunto de Direito Tributário do Curso de Mestrado em Direito Empresarial das Faculdades Milton Campos. Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela USP (2009) e Mestre em Direito pela UFGM (2005), onde também se bacharelou em Direito (2002). Professor convidado dos cursos de especialização em Direito Tributário das Faculdades Milton Campos e do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Advogado.

Marina Machado Marques

Pós-graduanda em Direito Tributário pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2016). Advogada.

Resumo: Com a dinamicidade das relações de mercado surgem novas situações jurídicas que, naturalmente, não foram previstas pelo legislador e podem impactar a tributação. No caso do ICMS-mercadorias, o desenvolvimento das vendas financiadas, a prazo e de garantia estendida provoca divergências de interpretação quanto aos limites do exercício da atividade tributária, especialmente no que se refere à formação da base de cálculo do imposto nesses casos, o que será analisado pelo presente trabalho.

Palavras-chave: ICMS. Base de cálculo. Vendas a prazo. Vendas financiadas. Garantia estendida.

Sumário: Introdução – **1** Breves considerações sobre o ICMS – **2** Da relação entre a base de cálculo de um tributo e sua hipótese de incidência – **3** Da base de cálculo do ICMS-mercadorias – **4** Da incidência do ICMS sobre os juros: venda financiada e venda a prazo – **5** Da incidência de ICMS sobre os seguros: garantia estendida – Considerações finais

Introdução

O imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), tributo de competência estadual previsto no art. 155, II da Constituição Federal (CF), tem como fato gerador a realização de operações de circulação de mercadorias. Sua base de cálculo está estabelecida no art. 13, §1º, II, “a” da Lei Complementar nº 87/96 (LC nº 87/96), que determina a inclusão de valores correspondentes a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como os descontos concedidos sob condição e o frete, caso seja o transporte efetuado

pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem, e seja cobrado em separado do consumidor final.

O exercício da tributação, de modo geral, deve considerar que a sociedade moderna apresenta relações cada vez mais complexas e dinâmicas. No que se refere às relações de mercado, exemplo comum é a criação de parcerias entre os comerciantes e empresas de outros segmentos econômicos para desenvolvimento de atividades indiretamente ligadas à atividade comercial, inaugurando-se novas relações jurídicas, das quais decorrem novas receitas, ora relacionadas, ora não relacionadas à circulação de mercadorias. Como é de se imaginar, os Estados-membros pretendem tributar todo e qualquer valor que tenha uma mínima relação com o fato gerador do ICMS, o que os contribuintes buscam afastar.

Isso acontece, por exemplo, com as vendas a prazo, financiada e de garantia estendida, práticas corriqueiras na realidade brasileira e com grande discussão sobre a incidência do ICMS sobre os valores decorrentes dessas operações.

Na venda a prazo, ocorre um negócio jurídico único, no qual o vendedor permite ao comprador o pagamento parcelado do produto, havendo um acréscimo no preço final, enquanto a venda financiada envolve duas operações, uma de compra e venda, e outra de financiamento. Por sua vez, a garantia estendida é espécie de seguro oferecido ao consumidor pelo estabelecimento varejista, que intermedeia a negociação entre aquele e a seguradora.

Nossa posição, amparada pela jurisprudência remansosa, é no sentido de que nos casos de venda financiada e de garantia estendida, não é possível a incidência de ICMS sobre as parcelas que transcenderem ao preço da mercadoria. Quanto à venda a prazo, os acréscimos são passíveis de tributação pelo imposto.

1 Breves considerações sobre o ICMS

O ICMS, imposto de competência dos Estados-membros e do Distrito Federal, encontra-se previsto no art. 155, II da CF,¹ que aglutinou três diferentes bases econômicas sob o rótulo do mesmo imposto: circulação de mercadorias, prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e prestação de serviços de comunicação. Portanto, três são as suas regras matrizes de incidência: (i) realizar circulação de mercadorias (ICMS-mercadorias); (ii) prestar serviços de transporte interestadual e intermunicipal (ICMS-transportes) e (iii) prestar serviços de comunicação (ICMS-comunicação).

¹ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...].

O objeto deste estudo envolve a primeira hipótese de incidência do tributo, qual seja, realizar “operação relativa à circulação de mercadorias”. Essa materialidade compreende três pressupostos, cujos conceitos estão intimamente interligados e que, por isso, devem figurar simultaneamente para atrair a incidência do imposto: operação, circulação e mercadoria.

O primeiro pressupõe a prática de negócios jurídicos, tratando-se, especificamente de uma operação mercantil. Por sua vez, entende-se por circulação a passagem jurídica das mercadorias de uma pessoa para outra, por meio da qual haja transmissão da propriedade do bem, produzindo, portanto, mudança de titularidade. Dessa forma, irrelevante a mera circulação física ou econômica da mercadoria.² Esta é o bem corpóreo ou incorpóreo objeto de atividade mercantil, isto é, que tenha destinação comercial, sendo introduzido no processo econômico circulatório com a finalidade de venda ou revenda, não se confundindo com alienação eventual de um bem por pessoa física ou jurídica.

Em síntese, o fato gerador do ICMS-mercadorias é praticar negócio jurídico que implique transferência de propriedade de bem móvel que tenha destinação comercial. Portanto, o fato tributado pelo imposto é a operação, ao passo que os termos circulação e mercadorias são adjetivos da operação passível de tributação.

A Carta Magna determina, ainda, que cabe à lei complementar definir os principais aspectos do imposto, porquanto se faz necessária a uniformização da legislação a fim de evitar possíveis conflitos de competência entre os Estados-membros³.

Para tanto, foi editada a LC nº 87/96 que, em seu art. 12, estabeleceu que o fato gerador do imposto considera-se realizado no momento “da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte”. No art. 13, definiu que sua base de cálculo é o valor da operação.⁴

Fixadas as premissas introdutórias a respeito do ICMS-mercadorias, passemos ao aprofundamento da matéria.

² Consolidando posição nesse sentido, o STJ editou a Súmula nº 166: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

³ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

XII - cabe à lei complementar: i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.

⁴ Art. 13. A base de cálculo do imposto é: I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação; [...].

2 Da relação entre a base de cálculo de um tributo e sua hipótese de incidência

Ao instituir um tributo a partir da competência impositiva outorgada pela CF,⁵ a lei fixa uma hipótese de incidência, que consiste na previsão de um fato abstrato que, se realizado, pode gerar a obrigação de pagar o tributo. Uma vez verificada sua concretização no plano fático, tem-se por realizado o fato gerador, nascendo a obrigação tributária e, conseqüentemente, o dever de pagar a prestação. Nessa linha, o fenômeno da incidência nada mais é do que a subsunção do fato (fato gerador) à previsão normativa (hipótese).

A hipótese de incidência integra o antecedente da norma tributária, sendo revelada pelo seu aspecto material, normalmente composto por um verbo e complemento (ser proprietário, auferir renda, circular mercadorias). Por sua vez, a base de cálculo está intimamente ligada à hipótese de incidência, sendo responsável por quantificá-la e dimensioná-la. O ilustre doutrinador Geraldo Ataliba a define como

[...] uma perspectiva mensurável do aspecto material da hipótese de incidência que a lei qualifica, com a finalidade de fixar critério para determinação em cada obrigação tributária concreta, do *quantum debeat*.⁶

Destarte, a base de cálculo é a dimensão do aspecto material da hipótese de incidência, tornando possível a mensuração do fato gerador, cuja intensa conexão é de fácil percepção. Citemos um exemplo: um Estado, visando tributar a propriedade de veículos automotores por meio da instituição do imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA), elege como base de cálculo do imposto a renda anualmente auferida pelo contribuinte. Ora, essa situação revela, nitidamente, que o Estado está tributando a renda, não a propriedade de veículo automotor, alcançando materialidade que não está abarcada pela competência que lhe foi constitucionalmente outorgada.

Sob outro prisma, a desconexão entre a base de cálculo e a hipótese de incidência de um tributo também implica ofensa à capacidade contributiva (art. 145, §1º, CF), princípio que orienta todo o exercício da tributação, segundo o qual cada um deve contribuir com as despesas públicas na medida de sua capacidade econômica. Isso porque a incidência de tributo sobre fato distinto daquele previsto pela sua hipótese de incidência fará com que seja alcançada grandeza que

⁵ O legislador constituinte não cria tributo, mas outorga competência aos entes públicos para que decidam, por meio de lei, se o tributo será ou não instituído.

⁶ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 10.

não é passível de tributação e que, conseqüentemente, não revela capacidade contributiva.

É por essas razões que uma base de cálculo em descompasso com a hipótese de incidência produz uma distorção do próprio sistema tributário, corrompendo o rígido sistema de repartição de competências tributárias e desnaturando o próprio tributo.

Assim, é evidente que a base de cálculo do tributo deve ater-se às determinações constitucionais, refletindo as grandezas econômicas escolhidas pelo legislador constituinte como aptas à incidência do tributo. Destarte, se o tributo é sobre a renda, sua base de cálculo deve considerar uma medida sobre a renda; se é sobre serviços, deve medir o valor dos serviços prestados; se é sobre a circulação de mercadorias, deve medir o valor da mercadoria vendida.

3 Da base de cálculo do ICMS-mercadorias

Expostas brevemente essas noções e direcionando a análise para o objeto deste estudo, temos que a base de cálculo do ICMS-mercadorias deve ser uma medida da operação mercantil realizada.

Como mencionado, o art. 13 da LC nº 87/96 estabeleceu que a base de cálculo do ICMS-mercadorias é o valor da operação e, detalhando as grandezas que a integram, eis a disposição de seu §1º:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é: [...]

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

Note-se que o enunciado é amplo, abrindo a possibilidade de o ICMS incidir sobre (i) o montante do próprio imposto, (ii) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição, e (iii) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

A doutrina tende a criticar a inclusão de alguns (ou de todos) desses elementos na base de cálculo do imposto. O professor Roque Antônio Carrazza defende que a “alínea “a” é manifestamente inconstitucional. Seguros e juros não

encerram atos mercantis, mas sim operações financeiras, tributáveis, em tese, apenas pela União, com respaldo no art. 153, V, da CF [...]”.⁷

No entanto, o posicionamento jurisprudencial predominante considera que esses valores podem ser acrescidos ao preço porque inerentes à operação realizada, integrando o negócio jurídico celebrado entre o contribuinte e o comprador que deu azo à saída da mercadoria e sua consequente transferência de propriedade.

Argumento frequentemente utilizado pelos defensores dessas inclusões é no sentido de que, quando a parcela é estranha à operação de circulação de mercadorias, o próprio legislador complementar incumbiu-se de excluí-la da base de cálculo do imposto. É o caso do frete, que somente comporá o valor da operação se realizado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem. Assim, se contratado com terceiros pelo próprio adquirente, será alheio ao negócio jurídico sobre o qual incide o ICMS, não podendo compor sua base de cálculo.

Entendemos que a interpretação das normas impostas pela LC nº 87/96 deve ser feita a partir dos mandamentos constitucionais atinentes à incidência desse imposto, respeitando-se a unicidade e hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, nossa posição é no sentido de que somente devem integrar a base de cálculo do ICMS parcelas, reajustes e acréscimos intrinsecamente ligados às mercadorias, não sendo legítima a incidência do imposto sobre valores que tenham natureza diversa das operações mercantis.

Nessa linha, é inarredável que o ICMS não pode incidir sobre realidade que não se configure como operação relativa à circulação de mercadorias.

No entanto, o assunto revela-se mais complexo do que aparenta, já que a definição da base de cálculo do ICMS-mercadorias abarca controvérsias relacionadas à inclusão de juros e seguros na sua base de cálculo, aspectos que serão tratados individualmente a seguir.

4 Da incidência do ICMS sobre os juros: venda financiada e venda a prazo

Nas relações comerciais, podemos nos deparar com a situação em que o consumidor final, para adquirir a mercadoria, celebra um contrato de compra e venda que envolve o pagamento à vista do preço fixado pelo vendedor e a entrega do bem (tradição) simultaneamente. Além dessa hipótese, há casos em que o consumidor final não tem condições de efetuar o pagamento à vista e o vendedor lhe oferece a possibilidade de pagamento parcelado do preço acordado.

⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 187.

Essa realidade deu azo ao nascimento de duas formas de venda, quais sejam, financiada e a prazo, cuja opção por qualquer uma dessas modalidades de pagamento pode promover a incidência de encargos financeiros, tais como juros e correção monetária, que representem ônus ao adquirente, podendo deixar o preço diferente daquele praticado caso a venda fosse realizasse na modalidade à vista.

Em um primeiro momento, os institutos parecem se tratar de uma mesma modalidade, com efeitos jurídicos similares. No entanto, um estudo mais aprofundado revela diferenças essenciais que nos permitirão responder, com clareza, a seguinte pergunta: é devida a incidência de ICMS sobre as parcelas acrescidas ao preço do produto em razão da opção, pelo consumidor final, pelas modalidades de venda financiada ou a prazo?

4.1 A venda à vista de mercadorias e a base de cálculo do ICMS

Coloquialmente se afirma que uma operação de compra e venda é realizada na modalidade à vista quando o comprador paga a importância estipulada imediatamente após a entrega da mercadoria pelo vendedor. No entanto, o conceito jurídico revela que a venda à vista é aquela ajustada para pagamento dentro de um curto prazo, em até 30 dias – não necessariamente exigindo o pagamento subsequente à tradição.

Em que pese a diferenciação, nas vendas à vista a base de cálculo do ICMS será o preço efetivamente pago pelo adquirente no momento da transferência da propriedade. Desse modo, consoante o já citado art. 13, §1º, II, “a” da LC nº 87/96, comporão a base de cálculo do imposto os descontos concedidos sob condição.

Os descontos condicionais são aqueles cujos efeitos concretizar-se-ão com a ocorrência de um evento futuro e incerto, sendo considerados para fins de fixação da base de cálculo do ICMS. Por outro lado, os descontos incondicionais são aqueles que não dependem de evento posterior à emissão dos documentos fiscais, figurando como parcelas redutoras do preço da mercadoria.

Assim, por exemplo, um desconto incondicional dado ao comprador sobre 10% (dez por cento) do valor de uma mercadoria de R\$100,00 (cem reais) fará com que a base de cálculo do imposto torne-se R\$90,00 (noventa reais). Um desconto condicional, por sua vez, não promoverá qualquer alteração na base de cálculo, que continuará a ser R\$100,00 (cem reais).

4.2 A venda financiada de mercadorias e a base de cálculo do ICMS

A venda financiada ocorre quando o consumidor final adquire a mercadoria do vendedor, pagando-a através de um financiamento (normalmente cartão de crédito ou outro meio fornecido por uma instituição financeira), por meio do qual é disponibilizado o valor da mercadoria.

A modalidade envolve dois negócios jurídicos distintos: a compra e venda (entre o vendedor e o comprador) e o financiamento. O primeiro surge a partir do momento em que o comprador vale-se dos recursos disponibilizados pela instituição financeira para pagar o preço e adquirir a mercadoria, aperfeiçoando-se com sua tradição (*operação de circulação de mercadoria*), ao passo que o segundo ocorre quando o crédito é entregue ou posto à disposição do comprador (*operação de crédito*).

Não negamos que o contrato de compra e venda foi o motivo pelo qual se celebrou o contrato de financiamento. Porém, essa razão não desnatura a autonomia de cada um dos negócios jurídicos, que se aperfeiçoam em momentos distintos. Por isso, não há que se falar na incidência de ICMS sobre valores decorrentes do financiamento.

A operação de crédito pode implicar um aumento meramente aparente no preço da mercadoria, já que as despesas oriundas do financiamento não integram a operação mercantil, mas tão somente correspondem ao ônus que o consumidor final deve arcar para obter o crédito que lhe permitiu adquirir a mercadoria.

Desse modo, caso o financiamento envolva a incidência de juros e correção monetária (encargos financeiros), estes serão devidos à instituição financeira como forma de remunerar o capital disponibilizado *para* a compra e venda da mercadoria. Tais encargos, porém, não alteram o valor do preço, justamente por fazerem parte de negócio jurídico alheio e serem devidos apenas à instituição financeira.

Reforçando essa ideia, caso o consumidor esteja inadimplente com relação aos encargos do financiamento, a execução não recairá sobre a mercadoria, visto que a relação de compra e venda está perfeita e acabada. Como decorrência lógica, podemos afirmar que o fato gerador do ICMS também se aperfeiçoou.

Esclarecedora a lição de Roque Antonio Carraza:

Desenvolvendo a ideia, o *pagamento adicional* levado a cabo pelo cliente *não é feito da própria compra e venda mercantil realizada*. Noutras palavras, este *pagamento adicional* não é uma *despesa intrínseca*, relacionada com a própria operação mercantil. Não acresce

*o preço principal, mas coliga-se a outro negócio jurídico: a ulterior operação de financiamento.*⁸

Raciocínio semelhante foi empregado pelo próprio legislador complementar ao determinar que o frete somente integrará o valor da operação caso realizado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem, uma vez que, nesta situação, o valor pago com o frete se origina da relação jurídica entre o comprador e o vendedor. Contudo, o mesmo não acontece se o frete for contratado de terceiros pelo adquirente, já que surgirá um negócio jurídico completamente independente da circulação de mercadorias, não podendo compor a base de cálculo do ICMS.

Suponhamos que uma mercadoria, à vista, custe R\$100,00 (cem reais). Para uma venda financiada que envolva pagamento de juros de cartão de crédito o custo total passa a ser R\$110,00 (cento e dez reais), ou seja, serão devidos R\$10,00 (dez reais) a título de juros pelo comprador à instituição financeira. Sendo assim, a base de cálculo do imposto é R\$100,00 (cem reais), já que os encargos decorrem de negócio jurídico distinto da compra e venda.

Conquanto se trate de operação financeira, mesmo que prestada pelo próprio estabelecimento comercial, não há dúvidas sobre a impossibilidade de incidência do ICMS, posto que a CF outorgou apenas à União Federal a competência de tributar as operações de crédito.⁹

Sobre a questão, vale transcrever as palavras de Roque Antonio Carrazza:

O IOF – como veremos melhor dentro em pouco – incide quando ocorrem operações de crédito, cambio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários. Sua base de cálculo é o “valor do principal entregue ou colocado à disposição do interessado” (cf., inclusive, a Resolução BACEN-6/1983).

No caso das operações de crédito (hipótese que ora importa considerar), o IOF nasce, em tese, quando se dá uma operação financeira, como, por exemplo, no momento em que o crédito é entregue ou posta à disposição do interessado.¹⁰

Portanto, a inclusão dos valores decorrentes de operações de crédito na base de cálculo do ICMS implica, em última medida, a usurpação da competência da União pelos Estados-membros, em evidente afronta ao texto constitucional. Além disso, configura bitributação, que significa uma dupla exigência tributária relativa a uma mesma materialidade, por meio de entes federados distintos.

⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 140-141.

⁹ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; [...].

¹⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 135.

Ademais, a bitributação fere o princípio do não confisco e a capacidade contributiva, onerando duplamente o contribuinte, já que toma como base uma manifestação de riqueza inexistente.

No entanto, as Fazendas Públicas estaduais, com o intuito de incrementar sua arrecadação, sustentavam que os encargos financeiros decorrentes do financiamento deveriam compor o valor total da mercadoria. A matéria chegou ao STJ que, após se pronunciar sobre tema em reiteradas oportunidades, consolidou o entendimento, editando a Súmula nº 237:

Nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS. (STJ, 2000)¹¹

Após a edição da Súmula, o entendimento do STJ mantém-se, como exemplifica o julgado a seguir:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ICMS – VENDA FINANCIADA – BASE DE CÁLCULO – ENCARGOS FINANCEIROS – EXCLUSÃO – AGRAVO REGIMENTAL.

1. Na venda financiada, há duas operações: uma de compra e venda e uma de financiamento, sendo que o ICMS não incide sobre os encargos financeiros da operação; enquanto que na compra e venda a prazo, existe uma única operação na qual há incidência do ICMS sobre os encargos financeiros decorrentes.

2. *In casu*, houve uma venda financiada, devendo ser excluídos os encargos financeiros da operação. Precedente: REsp nº 739.910/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 12.06.2007, DJ, 29.06.2007. Agravo regimental improvido.¹²

Em conclusão, se o consumidor adquire uma mercadoria por meio de financiamento, a base de cálculo do ICMS será o preço acordado com o varejista, sem os eventuais encargos originados do segundo negócio jurídico, por não se tratar de despesas intrínsecas à operação de circulação de mercadorias.

¹¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 237. Nas operações de cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS. *Diário de Justiça da União*, Brasília/DF, 25 abr. 2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 743717- SP. Segunda Turma. Rel. Min. Humberto Martins. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília/DF, 18 fev. 2008.

4.3 A venda a prazo de mercadorias e a base de cálculo do ICMS

Assim como no caso das vendas financiadas, a inclusão ou não dos encargos financeiros decorrentes das vendas a prazo de mercadorias na base de cálculo do ICMS foi matéria deveras controversa, especialmente após a edição da Súmula nº 237/STJ.

Os contribuintes, com o intuito de reduzir o ônus tributário, argumentavam que as duas situações têm a mesma natureza e, por isso, seriam equiparáveis, o que atrairia a incidência súmula. Por outro lado, os fiscos estaduais defendiam uma diferenciação entre os institutos, não sendo possível sua aplicação.

Por vezes denominada de venda a crédito, a venda a prazo é caracterizada por se tratar de negócio jurídico único, a partir do qual o próprio estabelecimento varejista oferece ao comprador a possibilidade de pagamento parcelado, do qual decorrerá um acréscimo ao preço final da mercadoria. Consoante do art. 1º da Lei nº 6.463/77, na venda a prazo deve haver a declaração do preço à vista da mercadoria vendida, o número e o valor dos pagamentos mensais que serão pagos pelo comprador:

Art. 1º Nas vendas a prestação de artigos de qualquer natureza e na respectiva publicidade escrita e falada será obrigatória a declaração do preço de venda à vista da mercadoria, o número e o valor das prestações, a taxa de juros mensal e demais encargos financeiros a serem pagos pelo comprador, incidentes sobre as vendas a prestação.

Nesse diapasão, o valor da venda é o somatório das prestações mensais acordadas entre o vendedor e o consumidor quando da celebração do próprio contrato de compra e venda. Na espécie, não há interferência de um terceiro (instituição financeira ou operadora de cartão de crédito) na operação de compra e venda, tratando-se de uma relação jurídica única, desenvolvida estritamente entre o vendedor e o consumidor final. É o que acontece, por exemplo, nas vendas de móveis e eletrodomésticos com carnê fornecido pela loja.

Nessa modalidade de venda, a entrega da mercadoria é realizada contra simples promessa de pagamento do preço em prestações.

Em decorrência, o valor pago pelo comprador é integralmente recebido pelo estabelecimento comercial, que deve incluir na nota fiscal o valor total da mercadoria, que abarcará todos os valores que comporão as prestações mensais sucessivas previamente acordadas, conforme determina o citado art. 13, §1º, II, “a” da LC nº 87/96.

Veja-se, portanto, que a relação jurídica é travada unicamente entre o vendedor e o comprador da mercadoria, configurando-se uma única operação. Em caso de inadimplemento do consumidor, é perfeitamente possível ao estabelecimento comercial reaver a mercadoria, já que a relação jurídica não se completa. É o que podemos extrair do art. 491 do Código Civil (CC):

Art. 491. Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço.

Os elementos apontados demonstram, com clareza, a diferença entre as vendas financiadas e as vendas a prazo, revelando a impossibilidade de os institutos serem tratados da mesma forma. A jurisprudência, contudo, sem diferenciá-los, já foi desfavorável à inclusão dos encargos decorrentes de vendas a prazo na base de cálculo do ICMS, aplicando a Súmula nº 227/STJ. É ver:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – ICMS – COMPRA E VENDA A PRAZO – ENCARGOS DE FINANCIAMENTO – OPERAÇÕES DISTINTAS – EXCLUSÃO DOS ENCARGOS DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS – PRECEDENTES.

Esta Corte Superior firmou o entendimento de que, nas vendas a prazo, não são incluídos, na base de cálculo do ICMS, os encargos decorrentes do financiamento do preço das mercadorias. Aplica-se à espécie, *mutatis mutandis*, o mesmo raciocínio que ensejou a edição da súmula 237 desta Corte, a qual estabelece que “nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS”, razão por que não prospera a pretensão da recorrente de afastar a incidência da referida súmula, ao argumento de que “no caso dos autos, não se trata de venda financiada ou com cartão de crédito, mas de venda a prazo, na qual desde já se sabe o valor que será pago em parcelas mensais” (fl. 210). Agravo não provido.¹³

No entanto, a questão foi pacificada no Poder Judiciário por meio do julgamento do REsp nº 1.106.462/SP, submetido à sistemática de recursos repetitivos. A ementa do acórdão identifica, com precisão, as razões pelas quais se faz necessário um tratamento diferenciado das vendas financiadas e vendas a prazo, no que tange à incidência do ICMS:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS. ENCARGOS DECORRENTES DE FINANCIAMENTO. SÚMULA 237 DO STJ. ENCARGOS DECORRENTES

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 421916-RS. Segunda Turma. Rel. Min. Franciulli Netto. *Diário de Justiça Eletrônico*, 05 dez. 2005.

DE “VENDA A PRAZO” PROPRIAMENTE DITA. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. VALOR TOTAL DA VENDA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO C. STF.

1. A “venda financiada” e a “venda a prazo” são figuras distintas para o fim de encerrar a base de cálculo de incidência do ICMS, sendo certo que, sobre a venda a prazo, que ocorre sem a intermediação de instituição financeira, incide ICMS.

2. A “venda a prazo” revela modalidade de negócio jurídico único, cogominado compra e venda, no qual o vendedor oferece ao comprador o pagamento parcelado do produto, acrescentando-lhe um plus ao preço final, razão pela qual o valor desta operação integra a base de cálculo do ICMS, na qual se incorpora, assim, o preço “normal” da mercadoria (preço de venda à vista) e o acréscimo decorrente do parcelamento. (Precedentes desta Corte e do Eg. STF: AgR no RE n.º 228.242/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 22.10.2004; REsp 1087230/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16.06.2009, DJe 20/08/2009; AgRg no REsp 480.275/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08.04.2008, DJe 04.03.2009; AgRg no REsp 743.717/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04.03.2008, DJe 18.03.2008; EREsp 215.849/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 11.06.2008, DJe 12/08/2008; AgRg no REsp 848.723/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16.10.2008, DJe 10.11.2008; REsp n.º 677.870/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 28.02.05).

3. A venda financiada, ao revés, depende de duas operações distintas para a efetiva “saída da mercadoria” do estabelecimento (art. 2º do DL 406/68), quais sejam, uma compra e venda e outra de financiamento, em que há a intermediação de instituição financeira, aplicando-se-lhe o enunciado da Súmula 237 do STJ: “Nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS.”

4. *In casu*, dessume-se do voto condutor do aresto recorrido hipótese de venda a prazo, em que o financiamento foi feito pelo próprio vendedor, razão pela qual a base de cálculo do ICMS é o valor total da venda.

5. A questão relativa à inaplicabilidade do art. 166 do CTN ao caso sub judice resta prejudicada, em face da incidência do ICMS sobre as vendas a prazo.

6. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF. (Precedentes: AgRg no Ag 1085297/RR, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 06.04.2009; REsp 1036656/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11.03.2009, DJe 06.04.2009; REsp 771.105/PE, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção, julgado em 22.03.2006, DJ 08.05.2006;

AgRg nos EREsp 471.107/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 22.09.2004, DJ 25.10.2004).

7. *In casu*, o art. 97, I e IV, do CTN não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido, não se manifestando o Tribunal a quo sequer em sede de embargos declaratórios, razão pela qual se impõe óbice intransponível ao conhecimento do recurso quanto ao aludido dispositivo.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. Proposição de verbete sumular.¹⁴

Logo após, mais precisamente em setembro de 2009, foi editada a Súmula nº 395 pelo STJ, segundo a qual “o ICMS incide sobre o valor da venda a prazo constante da nota fiscal”.¹⁵

Destarte, a partir do que foi apresentado, podemos concluir que é mais vantajoso para o estabelecimento varejista realizar a venda financiada das mercadorias, em vez da venda a prazo, já que, sobre esta última, o entendimento pacificado é favorável à inclusão de todos os acréscimos dela originados na base de cálculo do ICMS.

5 Da incidência de ICMS sobre os seguros: garantia estendida

Após a pacificação do entendimento jurisprudencial a respeito da incidência de ICMS sobre os acréscimos decorrentes das vendas a prazo e não incidência sobre os encargos decorrentes de vendas financiadas, ganhou força a discussão a respeito da incidência do imposto sobre a garantia complementar, também denominada de garantia estendida.

Isso porque, como mencionado, além de a alínea “a” do inciso II do §1º do art. 13 da LC nº 87/96 determinar a incidência do ICMS sobre juros, também o faz sobre os seguros, situação questionada por parte da doutrina.

José Eduardo Soares de Melo firma que a incidência de ICMS sobre os seguros “é questionável, vez que referida verba cobrada pelo contribuinte não constitui elemento componente do valor da mercadoria”.¹⁶ Da mesma forma, Roque Antonio Carrazza entende que “seguros e juros não podem servir de base

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.106.462-SP. Primeira Seção. Rel. Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 13 out. 2009.

¹⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 395. O ICMS incide sobre o valor da venda a prazo constante da nota fiscal. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 07 out. 2009. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 20 out. 2017.

¹⁶ MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 218.

de cálculo do ICMS, porque não medem nenhuma operação mercantil; apenas operações financeiras”.¹⁷

Não obstante, é sabido que a jurisprudência majoritária entende que a base de cálculo do ICMS não está limitada ao preço da mercadoria, podendo ser composta por outras parcelas relacionadas ao fato gerador do imposto, segundo a disposição do art. 13, §1º, II, “a” da LC nº 87/96.

Nesse mister, a partir do que estabeleceu a Lei Kandir para o caso do frete, que somente comporá a base de cálculo do ICMS se efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado separado, é possível promover-se uma interpretação que valorize a vinculação dos seguros à hipótese de incidência do ICMS.

Hugo de Brito Machado ensina que o legislador, ao mencionar o termo “seguro”, buscou alcançar as situações nas quais o vendedor contrata o seguro para garantir o transporte da mercadoria, assim como o frete. Desse modo, o termo não é suficientemente amplo a abarcar quaisquer tipos de seguros, mas tão somente aqueles cujo valor seja cobrado do comprador e diga respeito ao momento da aquisição da mercadoria. Confira-se a lição do autor:

Se a venda é feita com frete e seguro por conta do comprador, vale dizer, se o preço deste cobrado não inclui tais despesas, o comprador pode contratar livremente a seguradora e a transportadora, e, neste caso, os valores do prêmio do seguro e do frete não integram a base de cálculo do ICMS.

Se quem contrata com a seguradora, e com a transportadora, é o comprador da mercadoria, os valores do prêmio do seguro e do frete evidentemente não integram o *valor da operação* de circulação de mercadorias. O comprador pode escolher a seguradora e a transportadora, e com estas discutir as condições do contrato, que não dependerá da vontade do vendedor e, do ponto de vista da lógica jurídica, é posterior à operação da qual decorre a circulação da mercadoria.¹⁸

Destarte, o seguro a que se refere a norma diz respeito àquele relacionado ao frete, isto é, quando o vendedor faz o seguro da mercadoria e de transporte por sua conta, mas cobra do comprador, de modo que o preço pago ao vendedor engloba o seguro e o valor da mercadoria.

Desse modo, em linhas gerais, podemos afirmar que o seguro que eventualmente pode ser considerado para fins de definição da base de cálculo do ICMS deve ter relação direta com a operação de compra e venda, representando custo

¹⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 188.

¹⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *Aspectos fundamentais do ICMS*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 80.

da operação e sendo repassado ao consumidor final. Portanto, não é lícita a incidência de ICMS sobre qualquer tipo de seguro.

5.1 Da natureza jurídica da garantia estendida

Para confirmarmos a afirmação de que a garantia estendida é espécie de seguro contemplada pelo art. 13, §1º, II, “a” da LC nº 87/96, é imprescindível analisarmos os conceitos relacionados.

Segundo o art. 757 do CC, “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.

A garantia estendida não se confunde com a garantia legal ou contratual oferecidas pelos fornecedores por força do Código de Defesa do Consumidor (CDC), sendo regulada pela Resolução CNPS nº 296/2013.

A garantia legal está prevista no art. 24 do CDC e decorre da ideia de que todo produto ou serviço deve atender a um padrão de qualidade, independentemente da vontade do fornecedor, o que pode ser exigido naturalmente pelo consumidor. Sua existência independe, portanto, da vontade das partes, sendo vedado ao vendedor buscar esquivar-se dessa responsabilidade. É ver:

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

Por sua vez, a garantia contratual decorre de decisão diretamente do fornecedor, consistindo em mera benesse fornecida ao consumidor, normalmente como um diferencial perante o mercado. Tem natureza complementar à garantia legal, devendo ser concedida mediante termo escrito, conforme previsão do art. 50 do CDC:

Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito. Parágrafo único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações.

Pelo exposto, pode-se concluir que o fornecedor está obrigado a disponibilizar a garantia legal e, além dela, pode oferecer a garantia contratual.

Para além delas, existe a garantia estendida, negócio jurídico que tem natureza de seguro, regido pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), que visa, em síntese, assegurar o conserto ou a troca da mercadoria depois de ultrapassadas as garantias fornecidas pelo vendedor.

Normalmente, é oferecida e comercializada pelo próprio vendedor da mercadoria, que intermedeia o negócio jurídico a ser celebrado entre o consumidor e a seguradora. A contratação desse seguro é facultativa, devendo esse esclarecimento ser prestado ao consumidor quando da sua contratação, sob pena de responsabilização civil do fornecedor por incorrer em prática abusiva, nos termos do CDC:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; [...].

Portanto, é terminantemente proibido condicionar a compra ou a concessão de desconto no preço do bem à contratação do seguro de garantia estendida.

Como dito, a modalidade é atualmente regulamentada pela Resolução CNSP nº 296/2013. Segundo o regulamento, a garantia estendida tem como objetivo propiciar ao segurado a extensão temporal da garantia do fornecedor ou sua complementação. Confira-se o artigo 2º da Resolução:

Art. 2º O seguro de garantia estendida tem como objetivo propiciar ao segurado, facultativamente e mediante o pagamento de prêmio, a extensão temporal da garantia do fornecedor de um bem adquirido e, quando prevista, sua complementação.

O próprio art. 3º da Resolução reafirma que a “contratação do seguro de garantia estendida pelo segurado é facultativa”, dispondo o art. 13 do ato normativo ser “vedado condicionar a compra do bem à contratação do seguro de garantia estendida, assim como condicionar a concessão de desconto no seu preço à aquisição do seguro”, havendo ainda a obrigação de se realizar duas transações distintas:

Art. 13. Fica vedado condicionar a compra do bem à contratação do seguro de garantia estendida, assim como condicionar a concessão de desconto no seu preço à aquisição do seguro.

§3º A transação financeira correspondente à aquisição do seguro deverá ser distinta daquela realizada para pagamento do bem adquirido, inclusive com emissão dos respectivos comprovantes, bem como

a individualização dos respectivos pagamentos, seja com cartão de crédito, boletos bancários ou outros meios de pagamento admitidos, com exceção daqueles realizados em espécie.

Destarte, a garantia estendida tem o intuito de garantir o conserto de produtos que venham apresentar defeitos que comprometam seu funcionamento e ocorram após o término da garantia do fabricante, tratando-se, em conclusão, de um contrato de seguro facultativo que representa uma opção adicional para proteção do produto adquirido (isto é, visa proteger o bem de defeitos que possam surgir em momento posterior à compra e venda).

Atualmente não há dúvidas de que a garantia estendida tem natureza jurídica de seguro, podendo ser fornecida apenas por empresas seguradoras, considerando-se o parágrafo único do art. 757 do CC que reza que “somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada”.

5.2 Da operacionalização comercial da venda do seguro de garantia estendida

Na prática comercial, a empresa varejista é a responsável por oferecer o seguro ao comprador da mercadoria, podendo possuir em seu objeto social atividades de prestação de serviços de intermediação de vendas de seguro de garantia estendida. Todavia, é importante deixar claro que nada impede que o seguro seja oferecido pelo próprio comerciante, desde que autorizado para tanto.

Como explicado alhures, é dever do vendedor explicar abertamente todas as condições do seguro, o tipo de cobertura, eventuais exclusões e, especialmente, informar sobre a sua facultatividade. Caso o consumidor final se interesse, há a celebração do contrato com a seguradora, celebração esta que se dá em momento posterior à compra e venda, ou seja, após a operação de circulação de mercadoria, já que não há sentido falar em oferecimento de seguro para mercadoria que não tenha sido adquirida.

Em decorrência de sua natureza, a garantia estendida exige o pagamento do prêmio pelo segurado diretamente à seguradora, sendo o fornecedor da mercadoria mero intermediário do negócio, fato que se confirma pela vedação do condicionamento da compra do bem ou a concessão de descontos à aquisição dessa garantia. O varejista pode receber um percentual sobre o valor do prêmio pago pelo segurado à seguradora como remuneração pelo serviço prestado, mas isso, claramente, não se confunde com o preço da mercadoria.

Vê-se que o vendedor apenas aproxima o consumidor da seguradora, recebendo uma contraprestação por esse serviço, diferentemente das garantias legal

e contratual que decorrem da relação direta entre aquele e o consumidor final. Assim, no caso de aquisição, pelo consumidor final, da garantia estendida, há ocorrência de dois negócios jurídicos distintos, quais sejam: a (i) compra e venda da mercadoria e a (ii) aquisição do seguro garantia.

Como iremos analisar, a relação jurídica descrita é tão complexa que envolve operações passíveis de tributação pelos três entes da federação: União, Estados-membros e Municípios. Isso porque a venda de mercadoria atrai a incidência do ICMS, a operação de seguro é tributável pelo IOF e a intermediação é prestação de serviço, fato gerador do ISSQN.

5.3 Da possibilidade de incidência de outros tributos: IOF e ISSQN

Assim como as operações de crédito, a realização de operações de seguro é fato gerador do IOF (art. 153, V, CF), imposto de competência da União Federal, cujo contribuinte eleito pelo legislador infraconstitucional é o segurado, figurando a seguradora como responsável pela cobrança e recolhimento aos cofres públicos.

No caso da garantia estendida, o IOF deve incidir sobre o prêmio que o consumidor deve pagar pela sua contratação (art. 21 do Decreto nº 6.306/2007), excluído o valor da mercadoria adquirida que, obviamente, não se trata de operação de seguro. O fato de o prêmio ser pago ao comerciante é irrelevante para fins de definição da tributação, visto que aquele atua como mero arrecadador por conta e ordem da seguradora.

Nesse mister, a inclusão do prêmio pago pelo comprador na base de cálculo do ICMS implica bitributação e subversão das competências tributárias outorgadas pela CF, assim como no caso das vendas financiadas.

Por outro lado, considerando que o fornecedor figura como mero intermediário na contratação do seguro pelo consumidor final, há prestação de serviços de sua parte que, como tal, enseja a cobrança do ISSQN sobre a comissão recebida da seguradora, geralmente calculada sobre a diferença entre o valor recebido pelo contratante e o que é repassado para a seguradora.

5.4 Da não incidência do ICMS sobre o seguro de garantia estendida

Consoante todo o exposto, é clarividente que é indevida a inclusão dos valores relativos ao seguro de garantia estendida na base de cálculo do ICMS-mercadorias. Contudo, as Fazendas Estaduais, novamente, tentam ampliar a hipótese de incidência do imposto, incluindo os valores pagos pelo consumidor para

contratação de tais seguros, valendo-se de uma interpretação literal do art. 13, §1º, II, “a” da LC nº 87/96. Normalmente, justificam o posicionamento na mera onerosidade dessa aquisição.

Todavia, a interpretação em tela acaba por incluir na base de cálculo do imposto parcelas completamente estranhas à operação de circulação de mercadorias, signo presuntivo de riqueza escolhido pelo legislador constitucional para atrair a incidência do ICMS-mercadorias. Ora, o fato de a aquisição da garantia estendida ser onerosa ao comprador é irrelevante para a identificação de sua natureza jurídica e efeitos, sendo inarredável tratar-se de espécie de seguro que decorre de situação jurídica independente do fato gerador do ICMS-mercadorias, cuja competência para tributar é exclusiva da União.

Para exemplificar nossa posição, nada impede que o comprador adquira uma garantia estendida meses após a aquisição da mercadoria, sem realizar qualquer tipo de contato com o estabelecimento no qual foi adquirido o produto. Tais aquisições tendem a ocorrer quando da compra da mercadoria por uma questão meramente de mercado, posto que no ato da compra pode ser mais fácil convencer o comprador a adquirir proteção para seu produto novo.

De todo modo, independentemente de a garantia estendida ser vendida por terceiro, pelo estabelecimento comercial legalmente autorizado ou por empresa de mesmo grupo econômico, o negócio jurídico estabelecido e o prêmio pago têm natureza autônoma em relação à operação de circulação de mercadorias. Mesmo porque, como já dito, só é possível segurar mercadoria que já tenha sido vendida. Na hipótese, pertinente o raciocínio explicitado nos tópicos anteriores relativos às vendas financiadas e a aplicação da Súmula nº 237/STJ, por analogia.

Aliás, considerando-se que o prêmio deve ser repassado à seguradora, impertinente recair exigência de ICMS para o vendedor, visto não se tratar de receita própria, mas de terceiros (seguradora).

Em conclusão, a garantia estendida advém de um negócio jurídico completamente independente do fato gerador do ICMS-mercadorias, de modo que não há que se falar em incidência do imposto sobre os valores que dela se originem.

A jurisprudência, antes mesmo da decisão do STJ proferida nos autos do Recurso Especial nº 1.346.749/MG, que iremos analisar com mais vagar adiante, já corroborava com o entendimento mais favorável aos contribuintes.¹⁹ A posição

¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70064544547/RS. Vigésima Primeira Câmara Cível. Rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa. *Diário de Justiça Eletrônico*, 16 jun. 2015.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Apelação Cível nº 20120269388/SC. Terceira Câmara de Direito Público. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu. *Diário de Justiça Eletrônico*, 10 ago. 2013.

é, ainda, compartilhada por alguns tribunais administrativos estaduais, como o Tribunal Administrativo Tributário de Santa Catarina (TAT/SC).²⁰

No entanto, parte dos fiscos estaduais insistem em autuar os contribuintes, sendo cancelados pelos respectivos tribunais administrativos. Como exemplo, confira-se decisão proferida pelo TATE/PE, Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco.²¹

Como mencionado, em 10.02.2015, a 1ª Turma no STJ apreciou a matéria quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.346.749/MG, interposto pela Fazenda Estadual contra decisão do TJMG, que entendeu que o valor pago pelo consumidor a título de garantia estendida não integra a base de cálculo do ICMS. Confira-se a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. ART. 13, §1º, II, “A”, DA LC Nº 87/96. SEGURO DE GARANTIA ESTENDIDA. NÃO INCLUSÃO. NEGÓCIO JURÍDICO POSTERIOR E AUTÔNOMO EM RELAÇÃO À OPERAÇÃO DE COMPRA DA MERCADORIA.

1. O valor pago pelo consumidor final a título de “seguro de garantia estendida”, regulamentado pelo Conselho Nacional de Seguros

²⁰ RECURSO DE OFÍCIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. GARANTIA ESTENDIDA. SEGURO.

1. Deixar de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS, constatadas pela não inclusão na base de cálculo do ICMS o valor correspondente a importância paga a título de seguro garantia estendida consignada em relatório emitido pelo próprio contribuinte e registradas nos equipamentos emissores de cupom fiscal (ECFs) do estabelecimento como documento não fiscal.

2. A aquisição de garantia estendida ou seguro garantia não integra a base de cálculo do ICMS eis que não tem relação com a operação de circulação da mercadoria. Os seguros e demais importâncias pagas de que trata a alínea “a” do inciso II do art. 22 do RICMS-SC, são aquelas cujo pagamento por parte do adquirente é compulsório e, portanto, indissociáveis da base de cálculo, pois se referem efetivamente à operação da saída da mercadoria do estabelecimento. A garantia estendida ou seguro garantia é opcional e tem como objetivo assegurar ao adquirente de um determinado bem ou produto um prazo adicional, dentro do qual qualquer problema verificado com o produto adquirido será assumido pelo fornecedor da garantia. A vigência desse seguro ou garantia somente tem início após o decurso do prazo da garantia oferecida pelo fabricante. Portanto, não possui nenhuma relação com a operação de compra e venda ou circulação da mercadoria. Independentemente do momento da sua contratação. 3. Recurso de ofício desprovido. Notificação fiscal cancelada. Decisão mantida. Maioria. (Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco. AI SF nº 2009.000001836874-84. Acórdão nº 0036/2013(11). Segunda Turma Julgadora. Relatora Sônia Maria Correia Bezerra de Matos).

²¹ AUTO DE INFRAÇÃO VÁLIDO. ICMS. SEGURO – GARANTIA COMPLEMENTAR COBRADO, PELO ALIENANTE, NAS OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS. 1 - O auto descreve com clareza a infração denunciada de recolhimento do ICMS normal em decorrência da não inclusão na base de cálculo do imposto de valores correspondentes a “garantia complementar”, conforme consta nas notas fiscais do autuado. 2 - integram a base de cálculo do imposto, nas operações de circulação de mercadorias, todas as importâncias recebidas ou debitadas pelo alienante ou remetente, como frete, seguro, acréscimo de outras despesas. No caso, o acréscimo cobrado do comprador, pelo alienante/autuado, em virtude da “garantia complementar” deve integrar a base de cálculo do imposto. A 2ª TJ, na apreciação e julgamento do processo acima identificado, ACORDA, por unanimidade de votos, em julgar procedente a denúncia para condenar o autuado ao pagamento do ICMS no valor de R\$9.702,82, acrescido dos juros legais e da multa de 150%, prevista no artigo 10, VI, “j” da Lei 11.514/97 (Pernambuco. Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco. AI SF nº 2009.000001836874-84. Acórdão nº 0036/2013 (11). Segunda Turma Julgadora. Relatora Sônia Maria Correia Bezerra De Matos. *Diário Oficial do Estado*, 16 ago. 2013).

Privados (Resoluções nºs 122/05 e 296/13), não integra a base de cálculo do ICMS incidente sobre a operação de compra e venda da mercadoria.

2. Recurso especial do Estado de Minas Gerais não provido. [...] ²²

Em seu recurso, a Fazenda Estadual sustentou que o acórdão proferido pelo TJMG teria afrontado o art. 13, §1º, II, “a” da LC nº 87/96. O Ministro Relator, apesar de manifestar entendimento no sentido de que o imposto “não está limitado ao preço da mercadoria, abrangendo também o valor relativo às condições estabelecidas e assim exigidas do comprador como pressuposto para a própria realização do negócio”, concluiu que os valores recebidos pela aquisição da garantia estendida não se subsomem ao comando normativo supostamente violado.

Para ele, como a adesão do seguro em questão é voluntária e não pode ser exigida pelo comprador como condição indispensável para a aquisição da mercadoria, não se trata de valor pago pelo vendedor para depois ser exigido do comprador quando da composição do preço da operação, indispensável ao fechamento do negócio.

O segundo argumento esposado pelo Relator é no sentido de que a garantia estendida pode ser contratada pelo consumidor quando da aquisição do bem ou posteriormente, revelando que o negócio jurídico envolvido é autônomo e subsequente ao fato gerador do ICMS. Confira-se trecho do voto:

Segunda, o seguro de garantia estendida, conforme dispõe o art. 1º das Resoluções CNSP nº 122, de 03.05.2005, e nº 296, de 25.10.2013, pode ser contratado pelo consumidor quando da aquisição do bem ou posteriormente, durante o prazo de garantia do fabricante, o que denota que esse negócio jurídico, embora relacionado, é autônomo e subsequente à operação de compra, sendo possível a sua contratação somente depois de já circulada a mercadoria (fato gerador do ICMS), configurando, portanto, nova relação jurídica e, por isso, não pode compor o valor da operação anterior já concretizada; [...]. ²³

O terceiro fundamento é a ofensa à capacidade contributiva, tendo em vista que, sendo o contrato de seguro celebrado entre o consumidor final e a seguradora, inexistente relação jurídico-tributária que obrigue o vendedor a recolher tributo sobre receita pertencente a terceiro (à seguradora).

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.346.749-MG. Primeira Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 04 mar. 2015.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.346.749-MG. Primeira Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 04 mar. 2015. p. 12.

Destarte, de forma sintética, são razões para a não incidência do ICMS sobre valores pagos pelo consumidor final a título de garantia estendida segundo o precedente do STJ: (i) o prêmio não é pago pelo vendedor para depois ser exigido do comprador quando da composição do preço da mercadoria, porquanto não se trata condição indispensável para aquisição da mercadoria; (ii) a garantia estendida pode ser contratada pelo consumidor quando da aquisição do bem ou em momento posterior, demonstrando que se trata de negócio autônomo e subsequente à compra e venda; e (iii) o prêmio pago pelo consumidor é destinado à seguradora, não ao vendedor, de modo que exigir que este recolha ICMS sobre receita de terceiro ofende a capacidade contributiva.

É de se destacar que o Relator excepcionou o posicionamento às situações de simulação, nas quais o vendedor exija o seguro como condição à realização do negócio, quando se tornaria legítima a incidência do ICMS:

Ressalvo, apenas, que, se esse seguro vier a ser indevidamente exigido pelo comerciante, como condição do negócio, para reduzir, por simulação, a base de cálculo do ICMS, poderá o fisco autuar essa conduta irregular do contribuinte com espeque no princípio da realidade (art. 116, I, do CTN). Entretanto, no caso dos autos, esse comportamento evasivo do contribuinte não foi identificado pelo acórdão recorrido.²⁴

Considerações finais

As vendas financiada, a prazo e de garantia estendida são opções que o mercado oferece ao consumidor final quando da aquisição de mercadorias. A controvérsia que as envolve decorre da pretensão de os Estados-membros tributarem os encargos financeiros e outros valores que podem decorrer das modalidades.

Para as vendas financiadas restou demonstrado que não há que se falar em incidência de ICMS sobre tais parcelas, vez que os encargos financeiros dizem respeito tão somente ao contrato de financiamento, prevalecendo a Súmula nº 237/STJ.

Nas vendas a prazo há um negócio jurídico único, em que o vendedor oferece ao comprador a possibilidade de pagamento parcelado do produto, acrescentando-lhe um valor ao preço final, de modo que o valor da operação é representado pelo valor final pago pelo comprador.

Por fim, temos que a garantia estendida trata-se de espécie de seguro e o prêmio pago pela sua contratação não corresponde à contraprestação pela venda

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.346.749-MG. Primeira Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 04 mar. 2015. p. 12.

da mercadoria, sendo elemento estranho ao fato gerador do ICMS. Do mesmo modo, os valores recebidos pelo varejista a título de comissão também não devem compor a base de cálculo do tributo, pois se trata de prestação de serviços não abarcada pela competência do imposto estadual.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOREIRA, André Mendes; MARQUES, Marina Machado. Incidência (ou não) de ICMS sobre os encargos financeiros nas vendas a prazo e sobre garantia estendida. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 16, n. 93, p. 143-166, maio/jun. 2018.
