



Órgão 6ª Turma Cível
Processo N. Agravo de Instrumento 20090020080840AGI
Agravante(s) POLIMPORT COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA
Agravado(s) DISTRITO FEDERAL
Relator Desembargador JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA
Acórdão Nº 373.518

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. CREDITAMENTO ESCRITURAL. DESPESAS COM TAXA DE ADMINISTRAÇÃO (CARTÃO DE CRÉDITO, DÉBITO E VALE ALIMENTAÇÃO). EXCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO. ICMS. RELEVÂNCIA DOS FUNDAMENTOS. PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL.

I – O ICMS incide sobre o valor de venda da mercadoria, como tal considerado o preço constante da nota fiscal de venda do produto ao consumidor. Inteligência dos art. 12 e 13 da Lei Complementar 87, de 13.09.199.

II – A taxa de administração decorre de contrato celebrado pela Administradora de cartão e o comerciante. Na relação jurídico-tributária entre o fornecedor e o adquirente do bem, a hipótese de incidência do ICMS é a saída da mercadoria do estabelecimento, enquanto no negócio jurídico havido entre o fornecedor e a administradora é a prestação de serviço pela operadora, cumprindo salientar que em ambas os contribuintes, bem como os sujeitos passivos, são diversos. Assim sendo, em princípio, não se constata a ocorrência de bitributação, ante a não cumulação do ICMS e ISS sobre idêntico fato gerador.

III – Não se vislumbra relevância nos fundamentos invocados e não ficou demonstrado o risco de lesão grave e de difícil reparação, capaz de assegurar o receio de que a medida não produza o efeito desejado, se for concedida somente ao final da demanda.


IV – Negou-se provimento.



ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA - Relator, LUCIANO VASCONCELLOS - Vogal, OTÁVIO AUGUSTO - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador OTÁVIO AUGUSTO, em proferir a seguinte decisão: **NEGOU-SE PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2009



Certificado nº: 61 6F E9 63 00 02 00 00 09 AE
31/08/2009 - 17:08

Desembargador JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA
Relator



Código de Verificação: 6HZ9.2009.YVS4.BMSS.4HBJ.Q85C

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, interposto por POLIMPORT COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA contra decisão de conteúdo negativo proferida pelo MM. Juiz da 8ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal.

A agravante impetrou mandado de segurança contra ato do SUBSECRETÁRIO DA RECEITA DA SECRETARIA DE FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL, objetivando o afastamento da incidência do ICMS sobre os encargos financeiros e despesas com financiamento, representados pela taxa de administração cobrada pelas operadoras de cartão de débito, crédito, vale-alimentação, decorrentes de negócios jurídicos mantidos pela impetrante com as respectivas empresas administradoras, autorizando-lhe proceder à exclusão desses valores da base de cálculo do ICMS devido, a fim de que possa efetivar o recolhimento do referido tributo sobre o preço à vista praticado, bem como fosse autorizado o creditamento extemporâneo da parcela do ICMS incidentes sobre esta rubrica nos últimos cinco anos, devidamente atualizado pela taxa SELIC, conforme previsto no art. 1º, § 1º, I, da Lei n.º 10.175/98, cuja liminar foi negada.

Daí a interposição do presente recurso sustentando, em síntese, que os valores recebidos pelas administradoras de cartões, a título de taxa de administração, não configuram fato gerador do ICMS, sendo já devidamente tributados pelo ISS, de sorte que a incidência desses dois tributos configura bitributação, violando o princípio da reserva da competência tributária. Colaciona precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Pede a antecipação da tutela recursal e a reforma da decisão impugnada.

A liminar foi indeferida.

As informações requisitadas foram prestadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA - Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A agravante impetrou mandado de segurança almejando o deferimento de liminar para afastar a cobrança do ICMS sobre o montante pago às administradoras de cartões, a título de remuneração por serviços prestados, sob a alegação de que as referidas importâncias não integram a base de cálculo do tributo,



bem como fosse autorizada a se creditar dos valores pagos nos últimos cinco anos, cujo pleito foi indeferido.

A concessão de liminar no mandado de segurança reclama a presença cumulativa dos requisitos da relevância da fundamentação e da possibilidade de ineficácia da medida, resultante do ato impugnado, caso seja indeferida (Lei 1.533/51, art. 7º, II).

Como visto, a recorrente alega que na compra e venda mercantil realizada com cartão (crédito, débito e vale compra, alimentação etc), o comerciante não recebe integralmente o preço da mercadoria pago pelo cliente, pois a Administradora desconta determinada parcela a título de taxa de administração. Assim, o ICMS não pode ter por base de cálculo o valor total da operação, devendo incidir apenas sobre a importância efetivamente recebida, máxime porque a remuneração da operadora é tributada pelo ISS.

Exemplificando: a mercadoria vendida por R\$100,00 (cem reais) sofre um desconto de R\$5,00 (cinco reais) a título de taxa de administração em prol da administradora do cartão, sobre o qual incide o ISS. Então, o comerciante recebe apenas R\$95,00 (noventa e cinco) reais, valor que, segundo alega, deve constituir a base de cálculo do ICMS, até mesmo para afastar a bitributação.

A economia moderna propicia ao consumidor diversas maneiras de realizarem transações comerciais. Dentre as modalidades existentes, destacam-se as vendas à vista, a prazo e financiadas.

Na venda à vista, o vendedor entrega a mercadoria e o adquirente paga o preço no ato, não havendo, pois, nenhum outro desdobramento. Nessa hipótese, o ICMS incide sobre o valor de venda da mercadoria, pois a base de cálculo do tributo é o preço, como tal considerado aquele constante da nota fiscal de venda do produto ao consumidor, conforme previsão contida nos art. 12 e 13 da Lei Complementar 87, de 13.09.1996:

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I – da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.”

(...)

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.

(...).”

Na venda a prazo, a mercadoria é entregue mediante a promessa de pagamento, em prazo superior a trinta dias, sendo embutido no preço à vista os encargos inerentes (juros e/ou correção monetária). O ICMS incide sobre o valor total, como tal considerado a somatória das prestações convencionadas, mesmo que o preço final seja superior ao valor à vista, máxime porque houve apenas um negócio jurídico, que é a compra e venda da mercadoria.



Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ICMS. ENCARGOS DECORRENTES DE FINANCIAMENTO. SÚMULA 237 DO STJ. ENCARGOS DECORRENTES DE "VENDA A PRAZO" PROPRIAMENTE DITA. INCIDÊNCIA.

(...)

2. A "venda a prazo" revela modalidade de negócio jurídico único, cognominado 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 constitui a base de cálculo do ICMS, na qual se incorpora, assim, o preço "normal" da mercadoria (preço de venda a 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; EREsp 421781 / SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 12/02/2007; EREsp n.º 435.161/SP, Primeira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 13/06/2005; e AgRg no REsp n.º 300.722/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 16/05/2005).

3. Embargos de divergência parcialmente conhecidos e, nesta parte, providos.”¹

Na venda financiada, o bem é entregue imediatamente ao comprador, mas o preço é pago mediante a realização de operação de crédito pelo adquirente com instituição financeira. Há, portanto, dois negócios jurídicos distintos: um contrato de compra e venda à vista (comerciante/consumidor) e um contrato de financiamento (consumidor/instituição financeira), no qual são computados os encargos inerentes à concessão de prazo de pagamento da mercadoria adquirida (imposto sobre operações financeiras – IOF, juros e/ou correção monetária).

Nesse caso, os encargos relativos ao financiamento não são considerados na base de cálculo do ICMS, conforme preconizado na Súmula 237/STJ:

“Nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS.”

No caso em apreço, todavia, a agravante pretende excluir da base de cálculo do ICMS a taxa de administração cobrada em razão de contrato por ela firmado com a operadora de cartão (crédito, débito, vale-compra, alimentação etc).

A administradora e o comerciante celebram contrato pelo qual a primeira adianta o preço pago pelo adquirente da mercadoria ao segundo, recebendo, como remuneração pelo serviço a este prestado, um valor denominado taxa de administração, cuja importância está sujeita à incidência do ISS.

Na relação jurídico-tributária entre o fornecedor e o adquirente do bem, a hipótese de incidência do ICMS é a saída da mercadoria do estabelecimento,

¹ EREsp 215.849/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/06/2008, DJe 12/08/2008, REPDJe 13/08/2008.



enquanto na segunda é a prestação de serviço pela operadora, cumprindo salientar que em ambas os contribuintes, bem como os sujeitos passivos, são diversos.

Assim sendo, em princípio, não se constata a ocorrência de bitributação sobre idêntico fato gerador.

Por outro lado, não se extrai da fundamentação o fundado receio de ineficácia da medida caso concedida apenas após a solução da lide, ou seja, o **periculum in mora**, pois, acaso acolhido o pedido, a recorrente poderá obter a almejada compensação. Depois, a alegada dificuldade de repetição de valores recolhidos a maior não tem fomento jurídico, pois, conforme esclarece a própria agravante, a pretensão deduzida no **writ** é de creditamento escritural de ICMS e não de restituição de importâncias pagas indevidamente (fl. 18).

Enfim, não se vislumbra relevância nos fundamentos invocados e não ficou demonstrado o risco de lesão grave e de difícil reparação, capaz de assegurar o receio de que a medida não produza o efeito desejado, se for concedida somente ao final da demanda.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

O Senhor Desembargador LUCIANO VASCONCELLOS - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador OTÁVIO AUGUSTO - Vogal

Com o Relator.

DECISÃO

NEGOU-SE PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.

