

Consultor Tributário: Bahia atualiza milagre da multiplicação dos peixes

Há quem critique o chamado cálculo “por dentro” do ICMS. Não comungamos da censura, por não enxergarmos qualquer vício nesse método. O fato é que operações com percentuais dão resultados diferentes, conforme o sentido em que se realizem. Assim, por exemplo, $100 - 10\% = 90$, mas $90 + 10\% = 99$ (e não 100).

A nosso ver, toda celeuma se deve à incompreensão disso: um comerciante sujeito à alíquota de 18% que deseje apropriar-se do valor líquido de 100 deve acrescentar-lhe 21,95% (e não 18%), porque $121,95 - 18\% = 100$ (e $118 - 18\% = 96,76$).

Nos tributos sobre produtos e serviços, a opção pelo cálculo “por dentro” ou “por fora” constitui em regra livre opção do legislador, valendo notar que ambas as técnicas conduzem, por vias diversas, a idênticos resultados^[1].

No caso do ICMS, para encerrar a discussão — de resto, já resolvida pelo STF no Recurso Extraordinário 212.209/RS (Pleno, relator para o acórdão ministro Nelson Jobim, julgado em 23 de junho de 1999) — o primeiro critério foi positivado pela Emenda Constitucional 33/2001^[2].

Pois bem: em 8 de maio de 2013, ao decidir os Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.190.858/BA, a 1ª Seção do STJ miscigenou aqueles dois sistemas, inovando de forma preocupante em nosso Direito Tributário.

Tratava-se de definir a base de cálculo a ser adotada na cobrança de ICMS sobre fatos pretéritos que o particular, no momento de sua ocorrência, por erro considerou intributáveis.

O contribuinte sustentava que o lançamento deveria considerar o preço por ele praticado, na forma do artigo 13 da Lei Complementar nº 87/96^[3]. Já o Fisco baiano, dizendo-se fundado na regra que determina o cálculo por dentro do ICMS^[4], pretendia que a base fosse maior, correspondendo ao valor que o empresário supostamente teria cobrado, caso estivesse, no momento da celebração do negócio, ciente da incidência do imposto.

Nos debates que antecederam a decisão, lembrou-se história atribuída a Aliomar Baleeiro: iniciando uma caminhada pela orla carioca, o jurista se deparou com um *stand* de rua em que o quilo do peixe era anunciado a um determinado preço. Ao passar pela mesma banca na volta para casa, notou que o preço já era bem menor (um caso clássico de liquidação de fim de feira). Irônico, inquiriu o feirante:

— Tirou o ICM? (Eram velhos tempos.) Para ouvir como resposta:

— Não, senhor. O ICM está sempre dentro do peixe.



A frase do peixeiro, plena de sabedoria jurídica, causou um efeito oposto ao que seria de se esperar, e a Corte deu ganho de causa ao Fisco, ao argumento de que, na situação em análise, “o peixe, ao que parece, foi desidratado”.

A decisão não nos parece acertada.

Destacado ou não, o que é providência de simples controle, o ICMS, onde devido, está sempre embutido no preço.

Tratando-se de preços livres — ou mesmo administrados, desde que observadas as balizas estabelecidas pela autoridade competente —, não compete ao Poder Público interferir nas decisões privadas, em busca de maior arrecadação.

O empresário assume todos os riscos, inclusive fiscais, ligados a tais decisões. Mas apenas a elas, não podendo ver-se atribuída receita que na verdade não teve.

No caso em exame, a receita efetiva foi 100. O estado adicionou-lhe um valor fictício a título de ICMS. E, para completar, fê-lo de maneira a que essa parcela inexistente embutisse o imposto sobre ela pretendido, de forma a chegar a um preço arbitrado de 121,95[5].

Em suma, o ICMS está ao mesmo tempo por fora e por dentro, como os elos do nó borromeano. É, para continuarmos na Bahia, “o avesso do avesso do avesso do avesso”.

Ao abonar esse paradoxo, o STJ contrariou as suas excelentes decisões anteriores sobre o tema. Deveras, no Recurso Especial 1.111.156/SP (relator ministro Humberto Martins, DJe 22.10.2009, *repetitivo*), a 1ª Seção repeliu a tentativa de exigir-se ICMS sobre o preço que teriam mercadorias gratuitas (dadas em bonificação), caso houvessem sido vendidas. O entendimento acerca da intributabilidade de valores não recebidos, correspondentes a descontos incondicionados, encontra-se inclusive sumulado (Súmula 457).

Na mão oposta, mas sempre fiel à ideia de que o preço cobrado é imutável, haja ou não ICMS, a 4ª Turma do STJ livrou fornecedor de indenizar o adquirente contra o qual destacou o imposto, que depositou em juízo, depois que o primeiro ganhou a ação em que combatia a incidência tributária, e o Fisco estornou os créditos aproveitados pelo último (Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 122.928/RS, relator ministro Luís Felipe Salomão, DJe 14.02.2013)[6].

O *gross up* só é admitido naquelas poucas hipóteses em que se presume que o ônus do tributo calculado “por dentro” será suportado pelo *solvens*, casos do ICMS-importação (pois é evidente que o exportador estrangeiro não o considera na formação do seu preço) e do artigo 725 do Regulamento do Imposto de Renda[7].

Não, porém, nas situações ordinárias, em que vigora a presunção inversa de que o ônus incumbirá ao destinatário ou, o que é a mesma coisa, de que o tributo está embutido no valor da operação privada. Trata-se, é sabido, de presunção absoluta, que não admite argumentação ou prova em contrário.

Conta-se que, com cinco pães e dois peixes, Jesus deu de comer a cinco mil homens, fora as mulheres e

crianças, e ainda restaram doze cestos cheios[8]. Em outra ocasião, com sete pães e “alguns peixinhos”, alimentou mais de quatro mil pessoas, e a sobra foi de sete cestos[9].

Pela matemática do Fisco baiano, a cada nove peixes tirados das águas, dois teriam de cair do céu[10]. Os milagres já não são o que eram. Mas continuam a nos desafiar a razão.

[1] Uma alíquota hipotética de 1000% no IPI, por exemplo (valor líquido de 100 e imposto igual a 1.000), corresponderia a uma alíquota de 90,91% no ICMS.

[2] Que introduziu a seguinte alínea ao regramento constitucional do ICMS:

“Art. 155, § 2º, 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.”

[3] Ver especialmente os incisos I e III.

[4] “Art. 13, § 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.” (Lei Complementar nº 87/96)

[5] O exemplo, como todos os demais desta coluna, leva em conta a alíquota de 18%.

[6] A decisão vai além e registra, com total acerto, que o adquirente deveria ter-se voltado contra o Estado, contestando o estorno de seus créditos, a nosso ver obstado pelo artigo 146 do CTN.

[7] “Art. 725. *Quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiário, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue, será considerada líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o imposto, ressalvadas as hipóteses a que se referem os artigos 677 e 703, parágrafo único.*”

[8] Mt 14, 13-21; Mc 6, 31-44; Lc 9, 10-17; Jo 6, 5-15.

[9] Mt 15, 32-39; Mc 8, 1-9.

[10] O *gross up*, viu-se acima, é de 21,95 para cada unidade de preço igual a 100. Assim, a cada 4,5 itens reais, tem-se praticamente um fictício ($21,95 \times 4,5 = 98,775$) — ou, em números inteiros, nove para cada dois.

Date Created

29/05/2013