

SUMÁRIO

1. Incidência do ICMS sobre bonificações e descontos incondicionados
2. Conclusão
3. Casuística

1. Incidência do ICMS sobre bonificações e descontos incondicionados

A questão da incidência do ICMS sobre bonificações e descontos incondicionados merece destaque, tendo em vista posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça- STJ pacificados, divergentes de disposição expressa da legislação tributária pertinente. Abstraindo da celeuma relacionada ao efeito vinculante dos recursos repetitivos decididos pelo STJ, abordaremos neste Boletim as diversas posições visando a sua correta aplicação, quando e se for o caso.

1.1 Incidência do ICMS sobre bonificações

Nos termos do art. 20, inciso II, da Lei nº 11.651/91, integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I, II e XV do art. 19, o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como bonificações e descontos concedidos sob condição. No mesmo sentido, o art. 20, inciso I, alínea 'a' da Lei nº 13.591/00 excetua da aplicação do incentivo financeiro do Programa Produzir o ICMS decorrente da saída de mercadoria a título de bonificação.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento consolidado por meio do Recurso Repetitivo, decorrente do Recurso Especial nº 1.111.156-SP, no sentido de que não incide ICMS sobre vendas realizadas em bonificação. Não obstante tal entendimento, verifica-se da jurisprudência do STJ que o requisito para aplicação de tal entendimento é que a operação se refira a bonificação incondicionada, podendo ser citado como exemplo o EDcl no REsp nº 923012/MG, item 4 da ementa em que se estabelece que “quanto ao pedido de exclusão base de cálculo do ICMS das mercadorias dadas em bonificação, restou assentado pelo Acórdão recorrido, consoante trecho transcrito no arresto ora embargado, que somente os descontos incondicionais estão livres de integrar a base de cálculo do imposto, e que a empresa não fez qualquer prova de que as bonificações concedidas foram dadas dessa forma, ou seja, sem vinculação a qualquer tipo de condição; esse entendimento não diverge daquele assentado em inúmeros julgados dessa Corte”.

Complementando o posicionamento do STJ quanto à incidência do ICMS sobre bonificações, recorreremos ao entendimento consignado no EDcl em REsp nº 923012/MG,

segundo o qual ‘é seguro dizer que a praxe comercial no Brasil é a concessão de benefícios condicionados, e não incondicionais. Quase sempre, as bonificações ficam atreladas ao alcance de metas de compras e/ou vendas predeterminadas (...)'.

Feitas essas considerações, conclui-se que, de acordo com jurisprudência pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, não incide ICMS sobre bonificações incondicionadas, sendo que não havendo prova de que a bonificação é incondicionada deve ser considerada condicionada, visto que a praxe comercial no Brasil nos conduz a bonificações e incentivos condicionados ao cumprimento de metas de compras ou vendas, fazendo-se necessário para aplicação do entendimento de que não incide ICMS sobre bonificação a comprovação de que a sua concessão se deu de forma incondicionada.

1.2 Incidência do ICMS Substituição Tributária sobre descontos incondicionados e bonificações

Nos termos do disposto no art. 13, § 1º, inciso II, alínea 'a', da LC nº 87/1996 o desconto incondicionado não integra a base de cálculo do imposto, portanto, está fora do campo de incidência do ICMS.

Não obstante a disposição expressa da Lei Complementar, ratificada pela Lei nº 11.651/91 que institui o Código Tributário Estadual, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que incide ICMS sobre descontos incondicionados e bonificações, quando se tratar de mercadorias sujeitas a substituição tributária.

Tal conclusão pode ser extraída da decisão constante dos embargos de divergência em recurso especial nº 1.041.331-RJ no sentido de que ‘é inquestionável que, se não houvesse substituição tributária, o desconto incondicional não integraria a base de cálculo do ICMS na primeira operação (saída do fabricante para a distribuidora), e, então, aplicar-se-ia o disposto no art. 13, § 1º, inciso II, alínea 'a' da LC 87/1996. No entanto, em se tratando de substituição tributária, a base de cálculo refere-se ao preço cobrado na segunda operação (saída da mercadoria da distribuidora para o consumidor final), nos termos do art. 8º da LC 87/1996. Inviável presumir, sem previsão legal, que o desconto dado pela fábrica, na primeira operação, será repassado ao preço final (segunda operação). A base de cálculo no caso da substituição tributária é regulada pela norma especial do art. 8º da LC

BOLETIM INFORMATIVO DA REPRESENTAÇÃO FAZENDÁRIA

87/1996, e não pelo art. 13 da mesma Lei (aplicável às operações normais, sem substituição). Precedente: REsp 1.027.886/MG, Rel. Min. Herman Benjamin.' Destaca-se que esse entendimento tem sido adotado pelo Conselho Administrativo Tributário, conforme se verifica no Acórdão da I CJUL nº 898/2017.

No mesmo sentido, a decisão constante do EREsp nº 715.255/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe. 23/02/11, estabelece que incide ICMS sobre bonificações quando relacionadas a mercadorias sujeitas a substituição tributária.

2. Conclusão

Feitas estas considerações, conclui-se que, consoante jurisprudência pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, abstraindo-se da dialética que envolve a questão dos efeitos vinculantes dos recursos repetitivos:

a) não incide ICMS sobre bonificações incondicionadas, observando-se que a praxe comercial nos conduz a concessão de bonificações condicionadas, portanto para aplicação da não incidência de acordo com entendimento do STJ deve haver prova de que se trata de bonificação incondicionada;

b) incide ICMS substituição tributária sobre descontos incondicionados e bonificações quando a operação envolve mercadorias sujeitas a substituição tributária pelas operações posteriores.

3. Casuística

Assunto: Não incidência de ICMS sobre operação em bonificação incondicionada, Acórdão do CONP-CAT nº 015/2017:

PROCESSUAL. PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS. REJEITADO. ICMS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO INCENTIVO FINANCEIRO DO PROGRAMA PRODUIR EM REMESSAS DE MERCADORIAS EM BONIFICAÇÃO. ART. 20, I, "A" DA LEI Nº 13591/00. APLICAÇÃO DO ART. 32, II, "A" DA LEI COMPLEMENTAR Nº 104/13. MATÉRIA DECIDIDA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO NO STJ. PROCEDÊNCIA.

(....)

2. Segundo entendimento do STJ, sendo a bonificação espécie de desconto, haverá não-incidência para mercadorias dadas em bonificação, desde que comprovadamente incondicional. Matéria decidida pela 1ª Seção, no Resp. 1.111.156/SP e EDcl no REsp nº 923012/MG, sob o regime do art. 543-C do CPC.

3. Conforme relata o aresto do STJ (EDcl no REsp nº 923012/MG), "é seguro dizer que a praxe comercial no Brasil é a Concessão de benefícios condicionados, e não incondicionais. Quase sempre, as bonificações ficam atreladas ao alcance de metas de compras e/ou vendas predeterminadas (...)"

Assunto: Incidência de ICMS sobre descontos incondicionados, em operações com mercadorias sujeitas a substituição tributária, Acórdão da I CJUL- CAT nº 898/2017:

ICMS. Preliminar de decadência. Rejeitada. Decisão não unânime. Aplicação do art. 173, I, do CTN. Obrigação Principal. Omissão de ICMS-ST nas operações interestaduais de remessas de produtos sujeitos ao regime de tributação por substituição tributária. Procedência Parcial. Decisão Unânime.

(....)

2. O ICMS no regime de substituição deve incidir sobre o valor integral da operação, sem que se subtraia o valor dos descontos incondicionais oferecidos nos documentos fiscais e relativos às cadeias posteriores, posto que a base de cálculo do ICMS, no caso de substituição tributária, é regulada pela norma especial do art. 8º da LC 87/1996, e não pelo art. 13 da mesma Lei (aplicável às operações normais, sem substituição);

Assunto: Incidência de ICMS sobre bonificações, em operações com mercadorias sujeitas a substituição tributária, EREsp 715.255/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 23/02/11:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRIBUTÁRIO. ICMS-SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA- VENDAS COM BONIFICAÇÃO- RECOLHIMENTO DESTACADO- VALIDADE- AUSÊNCIA DE PRESUNÇÃO DA MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO.

1. São inconfundíveis as teses versadas neste recurso. A tese consignada no Acórdão impugnado diz respeito à incidência do ICMS nas operações mercantis realizadas sob o regime de substituição tributária.

2. Situação fática diversa da examinada no acórdão paradigma (REsp 1.111.156/SP, rel. Mini. Humberto Martins, Primeira Seção, DJ 22/10/2009), proclamando a não incidência do ICMS em venda de mercadorias com bonificações.

3. Validade da exigência de destaque do ICMS no regime de substituição tributária pelo substituto tributário nas operações interestaduais. Embargos de divergência conhecidos e providos.