IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — PREÇO — DESCONTO — MULTA

— O preço da venda deve ser o real; no caso de desconto pela filial deve haver reajustamento em favor do estado destinatário.

— Não havendo fraude, exclui-se a multa.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

S.A. Institutos Terapêuticos Reunidos "Labofarma" e outro *versus* Estado do Rio Grande do Sul
Recurso extraordinário nº 70.537 — Relator: Sr. Ministro Djaci Falcão

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, conhecer e prover o recurso, em parte.

Brasília, 30 outubro de 1973. *Luiz Gallotti*, Presidente. *Djaci Falcão*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Djaci Falcão: Trata-se de recurso extraordinário manifestado contra a decisão de fls. 73 a 78, que traz a seguinte ementa:

"Mandado de segurança.

Imposto de circulação de mercadorias. O preço de venda não deve ser fictício e sim o real. Se houver desconto feito pela filial, deve ser feito o reajustamento correspondente, cabendo ao estado destinatário 20% do preço real. Tal percentagem é fixa. A restituição do tributo pago a mais deverá ser pedida no estado em que tal pagamento se efetivou e não sob a forma de compensação no estado destinatário.

Recursos providos.

Segurança denegada" (fls. 73).

Irresignados, os impetrantes do mandado de segurança interpuseram o presente recurso, baseados no art. 119, inc. III, alínea *c*, da Lei Magna, sob alegação de que a decisão recorrida julgada válida ato do governo local em face do disposto no art. 53, § 2º, inc. II, c/c o art. 54, do Código Tributário Nacional (fls. 80 a 87). Indeferido pelo despacho de fls. 90 a 93, veio a ser processado por força do Ag nº 47.571.

Com as razões do recorrente (fls. 103 a 105), subiu a esta Corte, onde a Procuradoria-Geral da República emitiu o seguinte parecer:

"Imposto de circulação de mercadorias. Transferência de mercadorias para estabelecimento do próprio remetente ou seu representante, em outro estado.

1. Contendem S.A. Institutos Terapêuticos Reunidos "Labofarma" e outro e o Estado do Rio Grande do Sul sobre a aplicação do art. 53, § 2º, II, da Lei nº 5.172, de 1966, que dispõe, *verbis*:

"Art. 53. A base de cálculo do imposto é:

I — o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria;

II — na falta do valor a que se refere o inciso anterior, o preço corrente da mercadoria, ou sua similar, no mercado atacadista da praça do remetente.

...

§ 2º Na saída para outro estado, a base de cálculo definida neste artigo:

I — não inclui as despesas de frete e seguro;

II — não pode exceder, nas transferências para estabelecimento do próprio remetente ou seu representante, o preço de venda do estabelecimento destinatário, no momento da remessa, diminuído de 20% (vinte por cento).

2. A tese do contribuinte — recorrente — é no sentido de que o suso transcrito dispositivo legal não assegurou ao estado destinatário, no caso concreto — transferência para estabelecimento do próprio remetente ou seu representante — um mínimo de 20% do preço pelo qual foi transferida a mercadoria.

Assim, conclui, se o estabelecimento recebedor vende a mercadoria com desconto, o ICM só poderá ser calculado sobre o efetivo valor da venda.

Contrariamente, entende a Fazenda estadual gaúcha que, ao reclamar o tributo na base de 20% sobre o preço de transferência, orienta o recorrente no sentido de que estorne de seu crédito fiscal (imposto pago pela matriz em São Paulo), o valor do ICM calculado sobre o desconto por ela concedido, por ocasião da venda da mercadoria.

3. Estabelece o dispositivo legal transcrito que "... nas transferências para estabelecimento do próprio remetente ou seu representante...", em outro estado, o ICM seja calculado" ... sobre o preço de venda do estabelecimento destinatario, no momento da remessa, diminuído de 20% (vinte por cento).

4. Afirma o recorrente, a fls. 62, item 10, que "... o legislador federal do inciso II, § 2º, do art. 53 do CTN, *somente dispôs sobre a base de cálculo para incidência do ICM devido ao estado do estabelecimento remetente da mercadoria*" (grifos e destaques do original).

Entendemos, *data venia*, de modo contrário. Na verdade, o Código Tributário Nacional, ao estabelecer um limite que jamais poderia ser superior (inferior sim), a 80% do preço de venda da mercadoria, como base de cálculo do imposto a ser recolhido ao Estado remetente, *fixou um mínimo de* 20%, sobre o preço de venda, como base do imposto devido ao estado do estabelecimento destinatário.

5. Dir-se-ia que tal procedimento — quando, como no caso concreto, a mercadoria for vendida com abatimento —, resultaria em ofensa ao princípio constitucional de não cumulatividade do imposto, vez que este, cobrado pelo estado de destino da mercadoria sobre preço irreal, superior ao efetivo preço de venda, ultrapassaria a margem prevista de 20% cogitada na lei. Assim, teríamos: 80% pagos ao estado de origem da mercadoria e (20% + Y%) cobrados pelo estado de destino. A soma seria superior a 100%, igual a cumulatividade.

6. A solução, todavia, não é difícil e já foi apontada pelo estado recorrido e referendada pelo v. acórdão impugnado: "... estorne a filial, de seu crédito fiscal (imposto pago pela matriz em São Paulo), o valor do ICM calculado sobre o desconto por ela concedido".

Se tal não se fizer, o estado remetente será beneficiado com um percentual su-

perior a 80%, limite máximo que lhe é atribuído pelo art. 53, § 2º, III, da Lei nº 5.172/66, em detrimento do estado de destino da mercadoria, que teria que se conformar com um percentual inferior — 20% mínimo — que lhe são reservados.

7. Nosso parecer é, pois, pelo improvimento do recurso.

Brasília, 21 de outubro de 1970. (as.) *Sebastião Ribeiro Salomão,* Procurador da República. — Aprovado: (as.) *Oscar Corrêa Pina,* Procurador-Geral da República, substituto" (fls. 110 a 113).

VOTO

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator): No respeitável aresto ficou bem explícito:

"... em primeiro lugar, não se verifica no caso ofensa ao princípio constitucional de não cumulatividade do tributo, como pretendem as impetrantes. O estado, na realidade, não pretende cumular o ICM, mas, sim, cobrar aquilo que a lei lhe autoriza, ou seja, a parcela de 20% do tributo correspondente ao preço pelo qual a mercadoria foi aqui vendida, nos termos do art. 10, § 2º, do Decreto nº 18.389 e art. 53, § 2º, inciso II, da Lei nº 5.172, de 25.10.66. De acordo com esses dispositivos legais, a regra da repartição do tributo é de 80% para o estado remetente e 20% para o destinatário. E essa regra não pode ser alterada ao alvedrio do contribuinte, salvo que tenha realmente ocorrido uma alteração de preço por virtude de imposição do mercado, o que na espécie não foi alegado e constituiria, de resto, matéria de fato cuja apreciação não cabe no mandado de segurança. O que se depreende das informações prestadas pela autoridade fiscal é que os descontos são costumeiramente concedidos e não decorrem de fatores impositivos, mas são da conveniência das próprias firmas vendedoras. Assim, pois, de acordo com as citadas normas legais, o preço que serve de base para o cálculo é o correspondente ao da remessa ou saída da mercadoria (art. 10, inciso I, do Decreto nº 18.389). A lei tem em vista um preço real, firme e não preço fictício que comporte deduções ou descontos" (fls. 75 e 76).

Nos termos em que se apresenta o caso, não vejo como afirmar vulneração da regra do art. 53, § 2º, inc. II, do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

"Art. 53. A base de cálculo do imposto é:

§ 1º ...

§ 2º Na saída para outro Estado, o base de cálculo definida neste artigo:

...

II — não pode exceder, nas transferências para estabelecimento do próprio remetente ou seu representante, o preço de venda do estabelecimento destinatário, no momento da remessa, diminuído de 20% (vinte por cento)".

Vê-se que estabelece o preço de venda do estabelecimento destinatário, no momento da remessa, diminuído de 20%. Ora, no caso, não está demonstrada inobservância do referido preceito. A vingar o entendimento defendido pelo recorrente, o estado recorrido receberia menos de 20%, do total do tributo. Aliás, em caso semelhante, a eg. Segunda Turma não conheceu do apelo derradeiro (RE nº 69.969, relatado pelo eminente Ministro Antonio Neder). Verifico, porém, que o recurso se arrima na alínea *c,* do inc. III, do art. 119, da Lei Magna.

Ante o exposto e tendo em vista o parecer da Procuradoria-Geral da República, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RE nº 70.537 — RS — Rel., Ministro Djaci Falcão. Rectes., S.A. Institutos Terapêuticos Reunidos "Labofarma" e outro (Adv., Walter Carlos Becker). Recdo., Estado do Rio Grande do Sul (Adv., Pery Rodrigues Condessa).

Decisão: Pediu vista o Ministro Aliomar Baleeiro, após o voto do Relator conhecendo do recurso, mas negando-lhe provimento. Falou, pelo recorrente, o Doutor José Guilherme Villela.

Presidência do Sr. Ministro Luiz Gallotti. Presentes à sessão os Senhores Ministros Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Rodrigues Alckmim, e o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto.

VOTO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro: Sr. Presidente, trata-se da aplicação de imposto de circulação de mercadoria.

Antes do Decreto-lei nº 406, o Código Tributário Nacional mandava que, quando uma matriz remetesse mercadoria para sua filial, o fizesse pelo preço no destino menos 20%.

Há uma controvérsia, porque as filiais estavam usando o desconto e queriam que fosse computado no cálculo.

Pedi vista destes autos numa dúvida, porém, considerando que são casos residuais e que o Tribunal do Rio Grande do Sul não se afastou da interpretação razoável, senão a melhor, concordo com o voto do eminente Relator.

Mas, como não se trata de caso de fraude, e sim de interpretação da lei, e, no caso, até da lei local que completou o Código Tributário Nacional, proponho a exclusão da multa.

A controvérsia é sobre questão de direito. Não há fraude. Tudo foi feito constando da escrita. Há inúmeros acórdãos do Supremo Tribunal, muitos deles mantendo outros do Tribunal de São Paulo, que reduzem ou excluem a multa.

No caso, a multa é de 100%, por uma questão de interpretação.

Dou provimento em parte, para excluir a multa.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator): Sr. Presidente, retifico em parte, meu voto, para acompanhar o eminente Ministro Aliomar Baleeiro, dando provimento ao recurso, para excluir a multa. Na verdade, no caso não se cogita de fraude praticada pelo contribuinte. Em face de precedentes desta Corte, também excluo a multa.

EXTRATO DA ATA

RE nº 70.537 — RS — Rel., Ministro Djaci Falcão. Rectes., S.A. Institutos Terapêuticos Reunidos "Labofarma" e outro (Adv., Walter Carlos Becker). Recdo., Estado do Rio Grande do Sul (Adv., Pery Rodrigues Condessa).

Decisão: Conhecido e provido, em parte. Unânime.

Presidência do Sr. Ministro Luiz Gallotti. Presentes à sessão os Senhores Ministros Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Rodrigues Alckmim, e o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto.