

ap ap epepinqissodun eu s jorea op vjrei eu — III
terminar o preço aludido no inciso anterior:

a) se o remetente for industrial, o preço FOB estabelecimento industrial, a vista;

b) se o remetente for comerciante, o preço FOB estabelecimento comercial, a vista, em vendas a outros comerciantes ou industriais.

5.1. O exame atento do texto transcrito revela que o inciso I deve ser reservado às operações que possuem valor definido, ou melhor, que possuem preço; vale dizer que esse dispositivo só se aplica às vendas e consignações. Quando não houver preço, a base de cálculo será o valor da operação que deve ser atribuído de acordo com as regras dos incisos II e III, conforme o caso.

5.2. Essas normas abrangem todas as hipóteses em que se deva atribuir um valor à operação. E, entre elas, as transferências. Assim a primeira regra aplicável às transferências é a do inciso II:

«O preço corrente da mercadoria no mercado atacadista da praça do remetente».

Se não existir «preço de mercado atacadista» da mercadoria, então se aplicará a regra seguinte (inciso III).

5.3. A aplicação desse inciso III, todavia, é vinculada à observância também do disposto no § 3.º, do mesmo artigo (2.º), do mencionado Decreto-lei n.º 406, assim enunciado:

«§ 3.º — Para aplicação do inciso III do «caput» deste artigo, adotar-se-á a média ponderada dos preços efetivamente cobrados pelo estabelecimento remetente, no segundo mês anterior ao da remessa».

5.4. Convém lembrar que estas normas aqui transcritas se acham consolidadas no artigo 8.º (incisos I, II e III e §§ 3.º e 4.º) do Regulamento do ICM, na redação dada pelo Decreto n.º 51.345, de 31-1-69.

6. Em prol do entendimento que acima expus, permito-me transcrever o seguinte trecho da Exposição de Motivos do Ministro da Fazenda ao Presidente da República, no encaminhamento do projeto de que resultou o Decreto-lei em foco:

«O artigo 2.º introduz alteração indispensável. A definição de base de cálculo, nas operações interestaduais, baseada no preço da mercadoria no dia da remessa e no local de destino, tem dado margem a complicações inarredáveis. Os efeitos, a que não é estranha certa incompreensão de vários Estados, têm sido danosos. São inúmeros os casos de fechamento de filiais apenas por se tornar insuportável para o contribuinte o ônus fiscal resultante de disputas entre os Estados. O sistema ora proposto permite que o Estado de destino receba sempre o imposto sobre o valor acrescido em seu território, seja através das vendas a varejo, seja através da industrialização levada a cabo dentro de seus limites. A facilidade do sistema proposto consiste em que a base de cálculo, nas remessas para outros Estados, é sempre o preço no local de origem. Diga-se, de passagem, que todas estas dificuldades aparecem nas transferências de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo titular porque nos demais casos existe sempre um preço fixado entre as partes. A exceção à regra proposta atende àqueles casos em que a transferência se faz por preço nacional de venda no varejo; nesta hipótese, a base de cálculo no local de origem foi fixada em 75% do preço nacional, assegurando ao Estado de destino o imposto sobre a diferença de 25%. Saliente-se, por fim, que, sendo as transferências feitas pelo preço no local de origem, a diferença relativa a frete e seguro sempre constituirá valor acrescido a ser tributado no Estado de destino».

7. Não é demais lembrar também que a Comissão Permanente criada pela Cláusula 10.ª do Quinto Convênio do Rio de Janeiro (16-10-68), ao estudar o artigo 2.º desse Decreto-lei, expediu, por entendimento unânime de seus membros, a Resolução n.º 11, recomendando a adoção dos seguintes princípios:

«1) aplica-se a disposição do inciso I, do artigo mencionado, nas saídas decorrentes de operação de compra e venda ou consignação.

2) aplica-se a norma do inciso II nas transferências de produtos primários realizadas por comerciantes, desde que o preço da mercadoria no mercado atacadista na praça do remetente seja informado por bolsa oficial de mercadorias ou pelo preço FOB comerciante, a vista, em vendas a outros comerciantes ou industriais. Este entendimento aplica-se igualmente na hipótese de o remetente não efetuar vendas em sua praça.

3) aplica-se o disposto no inciso III aos demais casos, excetuada a hipótese a que se refere o parágrafo 2.º, como segue:

a) se o remetente for industrial, a base de cálculo será o preço FOB estabelecimento industrial, a vista;

b) se o remetente for comerciante, o preço FOB estabelecimento comercial, a vista, em vendas a outros comerciantes ou industriais».

Nota. Nos casos das letras «a» e «b» acima, observar-se-á o disposto no parágrafo 3.º».

(O parágrafo mencionado na nota supra refere-se à aplicação do preço médio do segundo mês anterior).

8. Do exposto resulta clara conclusão de que a recorrente deveria transferir suas mercadorias pelo preço médio FOB, a vista, do segundo mês anterior, nas vendas a outros comerciantes ou industriais.

9. Cabe-me, porém, lembrar que, se de um lado é procedente a cobrança intentada por este Estado, por outro, não é menos verdade que esta deve processar-se sem a cobrança de multas. Com efeito, dispõe o artigo 2.º do Decreto-lei federal n.º 834, de 8-9-69:

«Artigo 2.º — Não será aplicada penalidade por diferença de imposto sobre circulação de mercadorias devido nas transferências para estabelecimento do mesmo titular em outro Estado, desde que o contribuinte remetente, ou seu representante, tenha pago o tributo a um dos Estados, quer o de origem, quer o de destino.

§ 1.º — O disposto neste artigo não prejudica o direito de qualquer Estado de exigir o imposto que entenda ser-lhe devido.

§ 2.º — Se o contribuinte houver pago o imposto a um Estado quando devido a outro, terá direito à restituição do que houver recolhido indevidamente, feita a prova do pagamento ou do início deste ao Estado onde efetivamente devido.

§ 3.º — O disposto neste artigo aplica-se às operações realizadas a partir de 1.º de janeiro de 1967, não se restituindo, porém, as multas já pagas».

10. Assim, em face de tudo que expus, e considerando que está comprovado o pagamento a outro Estado da diferença de imposto que aqui se questiona, dou provimento ao recurso a fim de cancelar a multa, mantida a exigência do tributo.

Sala das Sessões, em 24 de junho de 1974,

a) Antonio Pinto da Silva, Relator.

RESUMO DA DECISÃO: Provido parcialmente o recurso, a fim de cancelar-se a multa, mantida a exigência do tributo. Decisão unânime. Processo DRT-1 n.º 87496/69.

FATO GERADOR DO ICM — OPERAÇÕES EFETUADAS POR RESTAURANTE E BAR — ALEGADA INEXISTÊNCIA DE AMPARO LEGAL — AÇÃO FISCAL PROCEDENTE.

Após diligências e plantões fiscais, face a denúncias de sonegação fiscal, contribuinte do ramo de posto de gasolina, bar, restaurante, boutique, panificadora e comércio de acessórios para veículos, foi autuado por falta de recolhimento do ICM apurado com base em levantamentos econômicos, dos anos de 1969 e 1970, e por créditos indevidos do tributo.

Em suas razões de recurso o contribuinte, além de insurgir-se contra os critérios do levantamento fiscal, alega a impossibilidade do Estado em tributar as operações do restaurante e bar, por inexistência de lei.

É o relatório. Vistos e examinados, decido.

A preliminar de inexistência de lei, em sentido formal, que valide a incidência do ICM nas operações de bares e restaurantes, deve, no caso presente, ser de pronto repelida. Com efeito, o contribuinte exerce diversos ramos outros de atividade comercial, todos indiscutivelmente sujeitos a tributação pelo ICM. Se, por acaso, algum deles é, ou venha a ser isento ou não tributado, obviamente deverá merecer escrituração em separado, com destaques próprios na contabilidade, que servirão para a perfeita identificação dos valores.

Tal não é, entretanto, o acontecido na vertente hipotética, eis que o recorrente, exercendo inúmeras atividades, todas elas sujeitas ao ICM, com uma única exceção, aquela referente à venda de gasolina, ainda assim não as individualiza de forma a comprovar, com segurança e imparcialidade, quais os valores de operação concernentes a cada uma das atividades.

Assim, louvando-me nas informações de folhas, bem como nas eruditas palavras de folhas, de lavra do Dr. José Carlos de Souza Costa Neves, digno Representante Fiscal, nego provimento ao recurso, para manter a decisão recorrida, por seus próprios fundamentos.

Sala das Sessões, em 9 de setembro de 1974,

a) Moisés Akselrad, Relator.

RESUMO DA DECISÃO — Negado provimento ao recurso. Decisão unânime de 9-9-74 — 7.ª Câmara — Rel. Moisés Akselrad. O Juiz Márcio Coelho Lessa votou com esclarecimento. Proc. DRT-5 n.º 10931/72.