



Estado do Paraná

# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO N. 0003641-41.2015.8.16.0004 DA 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA.**

**APELANTE:** ESTADO DO PARANÁ.

**APELADO:** PASTIFÍCIO SELMI LTDA.

**RELATOR:** DES. SALVATORE ANTONIO ASTUTI.

Tributário. Mandado de Segurança preventivo. ICMS. Entrega de mercadorias em bonificação. Equiparação a descontos incondicionais nas operações mercantis. Substituição tributária. Não incidência do tributo condicionada à prova da não repercussão. Impetrante, porém, que não se desincumbiu do ônus da prova a contento. Prova desnecessária apenas no caso de venda direta ao consumidor final. Precedentes.

Apelação Cível provida.

Reexame Necessário prejudicado.

*Considerando que o caso dos autos envolve situação de substituição tributária, torna-se plenamente legal a cobrança do ICMS sobre as bonificações realizadas pela empresa recorrente.*



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível e Reexame Necessário n. 0003641-41.2015.8.16.0004, em que é apelante ESTADO DO PARANÁ e apelado PASTIFÍCIO SELMI LTDA.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de Reexame Necessário e de Apelação Cível interposta pelo ESTADO DO PARANÁ em face da sentença (mov. 33.1) que, nos autos de Mandado de Segurança n. 0003641-41.2015.8.16.0004, concedeu parcialmente a segurança *“tão-somente para o fim reconhecer o direito da impetrante à não incidência do ICMS sobre o valor referente às operações de remessa de mercadorias em bonificação em questão”*.

Submeteu a sentença a reexame necessário.

Em suas razões recursais (mov. 50.1), o apelante alega preliminarmente a insuficiência de instrução da peça inicial a fim de comprovar o alegado direito líquido e certo.

Quanto ao mérito, aduz que o caso não trata de desconto incondicional concedido ao consumidor, mas sim atrelado ao volume de compra.

Afirma que *“na atividade realizada pela apelada há produtos sujeitos à substituição tributária, em que o imposto é devido não pela operação própria, mas pelas saídas do estabelecimento adquirente em operações posteriores subsequentes a essa. Nessas, o imposto é recolhido antecipadamente por responsabilidade, em relação a operações que não serão de bonificação, mas de ICMS. Ou seja, o contribuinte pode bonificar a sua*



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*operação, mas não a subsequente, cujo imposto deve ser recolhido antecipadamente por responsabilidade”.*

Colaciona jurisprudência.

Pede a reforma da sentença.

Apresentadas contrarrazões (mov. 65.1).

Nesta instância a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (mov. 8.1).

É o relatório.

### **VOTO**

O recurso é de ser provido.

Trata-se de mandado de segurança preventivo movido por PASTIFÍCIO SELMI LTDA. com vistas ao afastamento de ICMS calculado sobre os valores relativos aos descontos incondicionais concedidos sob a forma de mercadorias em bonificação e também, ao final, em caso de se ver obrigada ao recolhimento das importâncias questionadas, seja-lhe assegurado o direito de proceder à recuperação dos valores mediante creditamento.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido “*tão-somente para o fim reconhecer o direito da impetrante à não incidência do ICMS sobre o valor referente às operações de remessa de mercadorias em bonificação em questão*”.

Pois bem.



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As bonificações, de fato, equiparam-se aos descontos incondicionais, sendo concedidas ao cliente como forma de “fidelização”, e não poderiam, assim, integrar a base de cálculo do ICMS, uma vez que não se enquadram na previsão do art. 13, § 1º, II, “a”, da Lei Complementar nº 87/96), que estabelece:

*“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:*

*(...)*

*§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:*

*II - o valor correspondente a:*

*a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição”.*

A questão já restou pacificada, nos termos da Súmula n. 457 e do Recurso Especial n. 1111156/SP, sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, ambos do Superior Tribunal de Justiça:

*“Os descontos incondicionais nas operações mercantis não se incluem na base de cálculo do ICMS.”*

*“TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. ESPÉCIE DE DESCONTO*

*INCONDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL. ART. 13 DA LC 87/96. NÃO-INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO.*

*1. A matéria controvertida, examinada sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, restringe-se tão-somente à incidência do ICMS nas operações que envolvem mercadorias dadas em bonificação ou com descontos incondicionais; não envolve incidência de IPI ou operação realizada pela sistemática da substituição tributária.*

*2. A bonificação é uma modalidade de desconto que consiste na entrega de uma maior quantidade de produto vendido em vez de conceder uma redução do valor da venda. Dessa forma, o provador das mercadorias é beneficiado com a redução do preço médio de cada produto, mas sem que isso implique redução do preço do negócio.*

*3. A literalidade do art. 13 da Lei Complementar n. 87/96 é suficiente para concluir que a base de cálculo do ICMS nas operações mercantis é aquela efetivamente realizada, não se incluindo os "descontos concedidos incondicionais".*

*4. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o valor das mercadorias dadas a título de bonificação não integra a base de cálculo do ICMS.*



Estado do Paraná

## PODER JUDICIÁRIO

# TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Precedentes: AgRg no REsp 1.073.076/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.11.2008, DJe 17.12.2008; AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 935.462/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 8.5.2008; REsp 975.373/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.5.2008, DJe 16.6.2008; EDcl no REsp 1.085.542/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 29.4.2009.*

*Recurso especial provido para reconhecer a não-incidência do ICMS sobre as vendas realizadas em bonificação. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça.”*

(REsp 1111156/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 22/10/2009)

Em que pese o entendimento supra, também é certo que nos casos em que a empresa opera sob o regime da substituição tributária, não cabe tal desconto.

Isso porque a substituição tributária não engloba essa hipótese de não incidência por não possuir qualquer garantia de que a

bonificação dada ao substituído será efetivamente repassada ao consumidor final. Esse foi o entendimento do STJ em sede de embargos de divergência:

*“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. Min. 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.*

*4. Embargos de divergência conhecidos e providos”.*

(EResp 715.255/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/06/2010, DJe 23/02/2011)



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A petição inicial do mandado de segurança traz as notas fiscais de saída de mercadorias de bonificação (ref. mov. 1.4 a 1.35), que demonstram sua destinação a distribuidores e supermercados em geral.

Verifica-se, assim, que o impetrante distribui mercadorias para estabelecimentos comerciais que, por sua vez, os repassam aos consumidores finais.

Também inexistente qualquer comprovação de que o apelado não opere no regime de substituição tributária.

O ICMS é imposto sujeito ao princípio da não cumulatividade. Isto é, compensa-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores pelo mesmo ou por outro Estado. Tal regra permite que o ICMS recaia tão somente sobre o valor acrescentado em cada fase da circulação do produto.

Para que não haja incidência de ICMS em uma mercadoria dada em bonificação, exige-se, então, a prova da não repercussão. Ou seja, não importa que os distribuidores/supermercados para a qual o pastifício vende o produto não paguem pela mercadoria. É imprescindível que o consumidor final também a receba em bonificação.

Não se pode, pois, presumir a perpetuação da bonificação na cadeia, tendo em vista o intuito de lucro que permeia a atividade mercantil; ou seja, não se pode presumir que os valores bonificados vão chegar até o consumidor final.





Estado do Paraná

# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presente a prova da não repercussão, incontestado o direito do impetrante. Ocorre, porém, que o apelado não se desincumbiu do ônus da prova que lhe cabia, não sendo o mandado de segurança via adequada para elastecimento probatório.

Nesse sentido:

*“APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGADA SEGURANÇA PELO JUÍZO A QUO. TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS DADAS COMO BONIFICAÇÃO. DESCONTO INCONDICIONAL. SÚMULA 457 DO STJ. EMPRESA QUE REALIZA OPERAÇÕES SOB REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INFORMAÇÃO NÃO CONTESTADA PELA PARTE AUTORA. DESCABIMENTO DO DESCONTO. ICMS QUE DEVE INCIDIR SOBRE A BONIFICAÇÃO. ENTENDIMENTO PACÍFICO DO STJ. ERESP 715255/MG. INSUFICIÊNCIA DE CONJUNTO PROBATÓRIO NOS AUTOS. NÃO COMPROVAÇÃO DE EFETIVA ENTREGA DE BONIFICAÇÕES. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO”.*

(TJPR - 3ª C. Cível - 0004299-31.2016.8.16.0004 - Curitiba  
- Rel.: José Laurindo de Souza Netto - J. 05.12.2017)



Estado do Paraná

# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg nos Edcl no AREsp. 194.694/RS, de relatoria do Min. SÉRGIO KUKINA, consagrou entendimento de ser inviável a utilização de Mandado de Segurança com vistas ao aproveitamento de créditos de ICMS quando ausente nos autos documentação suficiente a comprovar o valor das mercadorias efetivamente adquiridas a título de bonificação.

Ou seja, há necessidade, igualmente, de se comprovarem as negociações que ensejaram a bonificação, o que também não restou de plano demonstrado pelo impetrante.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso interposto, a fim de denegar a segurança, restando prejudicado reexame necessário da sentença.

### **DECISÃO**

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento à Apelação Cível, restando prejudicado o reexame necessário.

Participaram do julgamento e acompanharam o voto do Relator os Desembargadores Ruy Cunha Sobrinho e Guilherme Luiz Gomes.

Curitiba, 27 de fevereiro de 2018

Des. Salvatore Antonio Astuti

Relator