— Não é legítimo o cálculo do ICM à base de valores fixados em pautas estabelecidas em portarias.

— Interpretação do art. 148 do Código Tributário Nacional.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mendonça & Lara Ltda. *versus* Estado de São Paulo
Recurso extraordinário nº 79 954 — Relator: Sr. Ministro
ALIOMAR BALEEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento e notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer e dar provimento ao recurso.

Brasília, 18 de fevereiro de 1975. *Aliomar Baleeiro,* Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro: 1. A referida sentença de fls. 28 julgou procedente Executivo Fiscal do Estado de São Paulo contra a Recorrente para o fim de cobrar-lhe Cr$ 177 392,37 de ICM, que a Executada pretendia não corresponder ao valor das mercadorias objeto de suas operações, porque o Fisco se baseou em valores fictícios de pauta.

2. O venerando Acórdão da 3ª Câmara do eg. 1º Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, a fls. 59, confirmou-a argumentando, acerca da principal das defesas:

"É verdade que o eminente tributarista Rubens Gomes de Souza, em aprofundado estudo da matéria, entendeu inadmissível no direito tributário a fixação da "pauta fiscal" ou da "pauta mínima de valores", como prova preconstituída ou como

"valor substituído (Cr. *Revista de Direito Público*, vol. 11, p. 25). Mas a matéria foi considerada, contudo, à luz da ficção legal ou da presunção legal, com a observação: "a pauta fiscal *não faz prova* do valor da mercadoria, o que de resto seria um contra-senso, pois fazer prova é matéria de fato, e a pauta fiscal é matéria de lei. Ao invés disso, a pauta fiscal *substitui-se à prova* e dá como provado o que se trataria de provar. Neste ponto é que surge, ou pode surgir, a diferença (a "tênue diferença" de que fala Pugliatti) entre a pauta fiscal como presunção e a pauta fiscal como ficção. Assim, se a pauta fiscal diz que tal mercadoria vale 1 000 e isso é sabidamente certo, ou pode ser provado certo, tratar-se-á de presunção; ao contrário, se o que a pauta diz é sabidamente falso, ou pode ser provado falso, é de ficção que se trata". (Ib.)".

. . . . . .

"Admitida a pauta como uma presunção relativa, contornadas estariam todas as objeções que se lhe fazem.

Nessa perspectiva, contudo, cumpriria ao contribuinte comprovar o desacerto dos preços arbitrados; não é o que ocorre na hipótese vertente, em que a ré não se abalançou a prova desse teor.

É de se pôr em destaque que a fixação de pauta fiscal não implica na alteração da base de cálculo do tributo. A base de cálculo continua a ser o valor da operação; apenas esse valor é pré-determinado pela Administração fazendária".

Entendeu o venerando Acórdão que a pauta constitui uma ficção jurídica legalmente admissível como cautela contra a fraude.

3. A firma executada, a fls. 67, interpôs Recurso Extraordinário, pelos incisos *a*, *b* e *c*, alegando denegação de vigência dos arts. 97, II, IV e § 1º; 99 do Código Tributário Nacional; art. 2º, II e III, e §§ 3º e 5º do Decreto-lei nº 406/ 68; violação dos arts. 150 §§ 2º e 29, 20, III; 23 § 5º, da Constituição Federal. Explica a fls. 68:

"A Recorrente sente-se no dever preliminar de chamar a atenção dos Colendos Julgadores para o fato de que, no presente litígio, *não ocorreu falta* de recolhimento do ICM: ao contrário, o tributo foi normalmente calculado e regularmente recolhido, nos prazos legais, à repartição fiscal.

4. A pendência, entretanto, explodiu circunscrita aos critérios de cálculo do imposto. Com efeito, a Recorrente procedeu ao recolhimento regulamentar do ICM com base no *valor da operação*, com o que não se conformou a ora Recorrida uma vez que, invocando os aludidos *atos normativos estaduais* (as chamadas "portarias CAT"), o tributo devia ter sido pago de acordo com os valores *mínimos* da "pauta fiscal", independentemente do preço *real* (caso este fosse *inferior*, como de fato ocorreu. Tivesse sido superior ao mínimo, outro critério teria sido utilizado, ao sabor da Recorrida)".

4. O nobre Presidente Macedo Costa negou seguimento ao Recurso Extraordinário, que subiu por força do Ag. 60 493, acolhido pelo eminente Ministro Luiz Gallotti, com base no seguinte parecer do Dr. Miguel F. Pereira, à fls. 93 do Apenso:

"Discute-se a possibilidade de a Fazenda Estadual cobrar o ICM com base em pauta de valores mínimos, desprezando o valor da operação e sem admitir a prova contrária do contribuinte.

2. A pauta fiscal foi fixada por decreto do Executivo e o recurso argüi a inconstitucionalidade deste, além de contestá-lo frente ao que dispõe o art. 2º do Decreto-lei nº 406/68.

3. Não obstante as razões expendidas pelo respeitável despacho vestibular, que

vedou o seguimento do recurso, entendemos que a matéria merece melhor exame".

Contra-razões do Estado a fls. 118.

5. A Procuradoria-Geral da República, a fls. 128, em parecer assinado pelo Dr. Miguel Frauzino Pereira, opina pelo provimento nos seguintes termos:

"Em processo de execução de dívida fiscal, pronunciaram-se as instâncias ordinárias pela legalidade da cobrança do ICM com base em pauta fiscal, desprezando-se o valor da operação".

. . . . . .

"A matéria é conhecida da eg. Primeira Turma, que considerou ilegal a pré-determinação do valor da operação sujeita ao ICM, mediante a chamada "pauta fiscal". (RE nº 72 400-RN, *RTJ*, nº 59/915 e RE nº 78 912-SP, *D.J.*, de 23.8.74, p. 5 856).

À vista de tais precedentes, opinamos pelo conhecimento e provimento do recurso".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator): I. Conheço do Recurso Extraordinário porque incontestável a divergência com os Acórdãos do Supremo Tribunal Federal nos RE nº 78 912-SP, Luiz Gallotti, 18.6.74, e 77 544-SP, de que fui relator em 14.6.74. Em ambos foi discutido o art. 148, do CTN, à luz das Portarias CAT n.os 5, 14, 15 e 21, de São Paulo, as mesmas versadas nestes autos.

No RE nº 77 544, tratava-se de bois acidentados e abatidos pela *Swift*, para venda a seus trabalhadores, por preços benignos e abaixo do tabelamento. Caso exatamente igual, relatado pelo Ministro Cordeiro Guerra, teve julgamento favorável ao contribuinte.

No RE nº 78 912, São Paulo exigia o ICM, segundo suas pautas, sobre aguardente de cana, desprezando o valor real das operações.

II. Entendo que o art. 148, do CTN, não permite a prática paulista, que só pode ser tolerada em caso concreto, segundo as circunstâncias deste, se os assentos contábeis do contribuinte não existirem ou não merecerem fé. Ainda pode acrescentar-se o caso de feirantes, ambulantes e outros assimiláveis pela precariedade de suas condições de operação a dificultar o controle do Fisco. Não é o que ocorre no caso concreto.

Recordo que há 6 ou 7 anos, a Procuradoria-Geral da República ofereceu Representação pela inconstitucionalidade do Decreto nº 566, de 23.3.66, da Guanabara, que também instituíra, para os varejistas, critérios de estimativa, desprezando a "nota de venda" emitida pelas máquinas registradoras (Rp nº 702-GB, Ac. de 23.5.68, *RTJ*, nº 47/283).

III. Dou provimento por denegação do art. 148, do CTN, em face dos precedentes citados, e de acordo com a Procuradoria-Geral da República.

EXTRATO DA ATA

RE nº 79 954 — SP — Rel., Ministro Aliomar Baleeiro. Recte., Mendonça & Lara Ltda. (Adv., José Eduardo Monteiro de Barros). Recdo., Estado de São Paulo (Adv., Roberto Germano Frederico Burgdorf).

Decisão: À unanimidade conhecido e provido.

Presidência do Sr. Ministro Aliomar Baleeiro. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Eloy da Rocha, Bilac Pinto, Antonio Neder e Rodrigues Alckmim. Procurador-Geral da República, substituto, o Dr. Oscar Corrêa Pina.