

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 23.502 - SE (2007/0010184-7)

RELATOR : **MINISTRO JOSÉ DELGADO**
RECORRENTE : FACILMED COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA
ADVOGADO : GUSTAVO DE ANDRADE SANTOS
T. ORIGEM : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO : SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DE SERGIPE
RECORRIDO : ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : CONCEIÇÃO MARIA GOMES EHL BARBOSA E OUTROS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAUTA DE VALORES OU PREÇOS (PAUTAS FISCAIS). BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Assentamento consolidado na jurisprudência da 1ª Seção do STJ de que é impossível, segundo as regras do ordenamento jurídico tributário, erigir-se pautas fiscais, pautas de preços ou de valores fixados mediante Portaria do Fisco como contendo elementos materiais determinantes da base de cálculo do ICMS. A base de cálculo do ICMS há de ser, em face de força do princípio da legalidade, o valor da operação de que decorrer na saída da mercadoria.

2. “Reiterado entendimento do STJ, quanto à ilegalidade da utilização da pauta fiscal - EREsp nº 33808/SP” (RMS nº 9574/PI, Relª Minª Eliana Calmon, DJ de 20/03/2000).

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.
Brasília (DF), 27 de março de 2007 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOSÉ DELGADO
Relator

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 23.502 - SE (2007/0010184-7)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (RELATOR): O Recurso Ordinário em Mandado de Segurança que se examina recebeu, por parte do Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da República, no Parecer de fls. 178/180, o relato seguinte (fls. 178/185):

“Recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Facilmed Comércio e Representações Ltda., com fundamento no art. 105, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988, contra Acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, fls. 125/130, que, por unanimidade, denegou a segurança, assim ementado seu entendimento:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PRODUTOS FARMACÊUTICOS. PREÇO FIXADO EM TABELA PELA AUTORIDADE ESTATAL. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE EM ARRECADAR O IMPOSTO PELO VALOR DA OPERAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE. SEGURANÇA DENEGADA. DECISÃO UNANIME.”

Em razões de recurso, fls. 133/156, a Recorrente sustenta que a utilização de pautas fiscais, no caso, as informações de valores publicados pela revista ABCFARMA, para fixação da base de cálculo do ICMS antecipado, fere o princípio da legalidade. Alega que somente lei complementar pode dispor sobre a base de cálculo dos tributos, obrigação e substituição tributárias, e, dessa forma, entende que a LC 87/1996, sob pena de violação ao art. 155, § 2º, XII, 'b', da Constituição Federal de 1988, não pode delegar ao legislador estadual a competência para tratar de substituição tributária. Requer o provimento do recurso para reformar o Acórdão atacado e conceder a segurança pleiteada, para que a Autoridade apontada coatora abstenha-se de utilizar, como base de cálculo para apuração do ICMS antecipado, valores correspondentes a pautas fiscais, e passe a utilizar o valor constante das notas fiscais, que correspondem ao valor da operação efetivamente realizada. Contra-razões, fls. 160/171.”

O Ministério Público Federal, ao final do Parecer apresentado, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 23.502 - SE (2007/0010184-7)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAUTA DE VALORES OU PREÇOS (PAUTAS FISCAIS). BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Assentamento consolidado na jurisprudência da 1ª Seção do STJ de que é impossível, segundo as regras do ordenamento jurídico tributário, erigir-se pautas fiscais, pautas de preços ou de valores fixados mediante Portaria do Fisco como contendo elementos materiais determinantes da base de cálculo do ICMS. A base de cálculo do ICMS há de ser, em face de força do princípio da legalidade, o valor da operação de que decorrer na saída da mercadoria.
2. “Reiterado entendimento do STJ, quanto à ilegalidade da utilização da pauta fiscal - EREsp nº 33808/SP” (RMS nº 9574/PI, Relª Minª Eliana Calmon, DJ de 20/03/2000).
3. Recurso provido.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (RELATOR): Tenho que há de se adotar, como razões de decidir, a excelente fundamentação externada pelo Ministério Público Federal no corpo do Parecer já referido, pelo que a registro (fls. 180/185):

“Assiste razão à Recorrente.

As operações comerciais sujeitas à incidência do ICMS não podem ser tributadas com fundamento em valores fictícios, postos em pautas fiscais, salvo formulação com atendimento de critérios legais e, exclusivamente, para utilização no caso de imprestabilidade da documentação fiscal do contribuinte, conforme dispõe o art. 148, do Código Tributário Nacional¹, hipótese diversa dos autos.

Registro que a tributação do ICMS, mediante substituição tributária, em relação às operações futuras, exige o estabelecimento, por lei, de critérios objetivos que possibilitem a fixação de um valor que servirá de base de cálculo, valor que deverá ter sempre como parâmetro os valores das operações reais realizadas no mercado, não podendo ser simples ficção.

Dessa forma, uma vez não atendidos os critérios legais na fixação dos valores, esses transmudam-se em simples pautas de valores, cuja utilização já foi corretamente afastada por esse Colendo Superior Tribunal de Justiça, em caso semelhante ao dos autos, assim ementado seu entendimento:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. VENDA DE MEDICAMENTOS. REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO COM BASE EM VALORES CONSTANTES DE PAUTA FISCAL. ILEGALIDADE.

1. Mandado de segurança preventivo contra o Secretário de Estado da Fazenda, com o objetivo de que a autoridade coatora se abstivesse de utilizar como base de

Superior Tribunal de Justiça

cálculo para apuração do ICMS antecipado outro valor que não o constante das notas fiscais.

2. **Consoante as regras do sistema tributário, interdita-se a cobrança do ICMS com base nos valores previstos em pauta fiscal, porquanto o art. 148 do Código Tributário Nacional é argüível para a fixação da base de cálculo do tributo quando, certa a ocorrência do fato gerador, o valor do bem, direito ou serviço registrado pelo contribuinte não mereça fé, restando à Fazenda, neste caso, autorizada a arbitrá-lo.**

3. Decidindo o aresto recorrido que havendo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante, através de listas, cuja existência e divulgação foram impostas pelo Ministério da Fazenda, esse valor deve ser a base de cálculo do ICMS, para fins de substituição tributária, na forma do art. 8º, § 3º, da Lei Complementar nº 87/96 e do art. 17, § 3º, da Lei Estadual nº 3.796/96.

4. **“O art. 148, do CTN, somente pode ser invocado para estabelecimento de bases de cálculo, que levam ao cálculo do tributo devido, quando a ocorrência dos fatos geradores é comprovada, mas o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos registrados pelo contribuinte não mereçam fé, ficando a Fazenda Pública autorizada a arbitrar o preço, dentro de processo regular. A invocação desse dispositivo somente é cabível, como magistralmente comenta Aliomar Baleeiro, quando o sujeito passivo for omissor, reticente ou mendaz em relação a valor ou preço de bens, direitos, serviços: ‘. . . Do mesmo modo, ao prestar informações, o terceiro, por displicência, comodismo, conluio, desejo de não desgostar o contribuinte, etc., às vezes deserta da verdade ou da exatidão. Nesses casos, a autoridade está autorizada legitimamente a abandonar os dados da declaração, sejam do primeiro, sejam do segundo e arbitrar o valor ou preço, louvando-se em elementos idôneos de que dispuser, dentro do razoável’ (Misabel Abreu Machado Derzi, in ‘Comentários ao Código Tributário Nacional’, Ed. Forense, 3ª ed., 1998).”** (AGA 477831/MG; DJ de 31/03/2003, Relator Ministro José Delgado).

5. **Recurso provido.**” (RMS 15092/SE – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – DJ 02.05.2005 p. 153) (grifo nosso).

Ainda, nesse sentido, os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO-COMPROVADO. ICMS. PAUTA DE VALORES OU PREÇOS. BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. **Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento ante a ausência de prequestionamento.**

2. **O acórdão a quo julgou procedentes embargos à execução fiscal por meio dos quais se insurgiu contra a cobrança de créditos decorrentes da falta de recolhimento do ICMS e multa por promover a recorrida saída de mercadorias em valor inferior ao fixado pelo Conselho Interministerial de Preço-CIP.**

3. **Ausência do necessário prequestionamento. Dispositivos legais indicados como afrontados não foram abordados, em nenhum momento, no âmbito do voto do aresto hostilizado, sem que se tenham ofertado embargos declaratórios para suprir a omissão, porventura existente.**

4. **Não se conhece de recurso especial fincado no art. 105, III, “c”, da CF/88, quando a alegada divergência jurisprudencial não é devida e convenientemente**

Superior Tribunal de Justiça

demonstrada, nos moldes exigidos pelo art. 541, parágrafo único, do CPC, c/c o art. 255 e seus §~ do RTSTJ.

5. **Assentamento consolidado na jurisprudência da V Seção do STJ de que é impossível, segundo as regras do ordenamento jurídico tributário, erigir-se pautas fiscais, pautas de preços ou de valores fixados mediante Portaria do Fisco como contendo elementos materiais determinantes da base de cálculo do ICMS. A base de cálculo do ICMS há de ser, em face de força do princípio da legalidade, o valor da operação de que decorrer na saída da mercadoria.**

6. “Reiterado entendimento do STJ, quanto à ilegalidade da utilização da pauta fiscal - EREsp nº 33808/SP” (RMS nº 9574/PI, Relª Minª Eliana Calmon, DJ de 20/03/2000).

7. **Agravo regimental não-provido.**” (AgRg no Ag 673905/MG – Primeira Turma – Rel. Min. José Delgado – DJ 08.08.2005 p. 195) (grifo nosso).

“RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. PAUTA FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. ART. 148 DO CTN. HIPÓTESES DE UTILIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. REGIME DE VALOR AGREGADO PREVISTO NO ART. 8º DA LC 8 7/96. ANTECIPAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. **Em relação à possibilidade de cobrança de ICMS baseada em pauta fiscal, esta Corte, no julgamento dos EREsp 33.808/SP, de relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, já pacificou entendimento no sentido de ser inadmissível a fixação da base de cálculo de ICMS com supedâneo em pautas de preços ou valores, as chamadas pautas fiscais. Isso porque, na realidade, a base de cálculo desse tributo é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria, somente sendo admissível a utilização dessas pautas nos casos previstos no art. 148 do CTN.**

2. **No caso dos autos, ficou consignado no acórdão recorrido e na r. sentença que não foi provada, sequer demonstrada, pelo Estado, a ocorrência de qualquer das hipóteses acima mencionadas. Por, essa razão, para se avaliar a ocorrência de alguma das hipóteses previstas no art. 148 do CTN, possibilitando a utilização da pauta fiscal para fins de cobrança de ICMS, é necessário adentrar o conjunto fático-probatório constante dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.**

3. **Finalmente, é importante esclarecer que não se pode confundir a pauta fiscal com o regime de valor agregado estabelecido no art. 8º da LC 87/96, afinal esse “é técnica adotada para a fixação da base de cálculo do ICMS na sistemática de substituição tributária progressiva, levando em consideração dados concretos de cada caso. Já a pauta fiscal é valor fixado prévia e aleatoriamente para a apuração da base de cálculo do tributo” (RMS 18.677/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20.6.2005, p. 175).**

4. **Recurso especial desprovido.**” (REsp 59528 1/MT – Primeira Turma – Rel. Min. Denise Arruda–DJ 01.02.2006 p. 436) (grifo nosso).”

Assim sendo, corroboro, na íntegra, as assertivas desenvolvidas no douto Parecer Ministerial, sendo, pois, desnecessários quaisquer acréscimos ao acima delineado.

Superior Tribunal de Justiça

Por tais razões, provejo o recurso.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2007/0010184-7

RMS 23502 / SE

Números Origem: 2006104786 3162006

PAUTA: 20/03/2007

JULGADO: 27/03/2007

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOSÉ DELGADO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO FRANCISCO SOBRINHO**

Secretária

Bela. **MARIA DO SOCORRO MELO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FACILMED COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA
ADVOGADO : GUSTAVO DE ANDRADE SANTOS
T. ORIGEM : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO : SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DE SERGIPE
RECORRIDO : ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : CONCEIÇÃO MARIA GOMES EHL BARBOSA E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - Base de cálculo

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 27 de março de 2007

MARIA DO SOCORRO MELO
Secretária