

RESPONSABILIDADE DO ESTADO

INTERNAÇÃO HOSPITALAR

Julgado em

29/11/1999

PRESUNÇÃO — INADMISSIBILIDADE

RESUMO

- Sobre o tema, preciosas são as lições proferidas por IVES GANDRA DA SILVA MARTINS: "Presunção não é fato gerador de qualquer tributo". O princípio da estrita legalidade impede que assim seja considerada. O mesmo se diga em relação ao princípio da tipicidade fechada e o da reserva absoluta de Lei formal". - Já escrevi, no passado, sobre o princípio da estrita legalidade e da tipicidade fechada, que: "Com efeito, em direito tributário, só é possível estudar o princípio da legalidade, através da compreensão de que a reserva de Lei formal é insuficiente para a sua caracterização. O princípio da reserva da Lei formal permitiria uma certa discricionariedade, impossível de admitir-se, seja no direito penal, seja no direito tributário. Como bem acentua SAINZ DE BUJANDA (Hacienda y Derecho, Madri, 1963, v. 3º, p. 166) a reserva da Lei no direito tributário não pode ser apenas formal, mas deve ser absoluta, devendo a Lei conter não só o fundamento, as bases de comportamento, a administração, mas - e principalmente - o próprio critério da decisão no caso concreto". - A exigência da "lex scripta", peculiar à reserva formal da Lei, acresce-se da "lex stricta", própria da reserva absoluta (...) O certo é que o princípio da legalidade, através da reserva absoluta da Lei, em direito tributário, permite a segurança jurídica necessária, sempre que seu corolário consequente seja o princípio da tipicidade, que determina a fixação da medida da obrigação tributária e os fatores dessa medida a saber: a quantificação exata da alíquota, da base de cálculo ou da penalidade. - É evidente, para concluir, que a decorrência lógica da aplicação do princípio da tipicidade é que, pelo princípio da seleção, a norma tributária elege o tipo de tributo ou de penalidade; pelo princípio do "numerus clausus", veda a utilização da analogia; pelo princípio do exclusivismo, torna aquela situação fática distinta de qualquer outra, por mais próxima que seja; e, finalmente, pelo princípio da determinação, conceitua de forma precisa e objetiva o fato impositivo, com proibição absoluta às normas elásticas (...), de certa forma hospedando a doutrina, hoje dominante, nesta matéria, no País. "Ora, sempre que o Fisco pretende lançar de ofício ICMS sobre operações pressupostas, mas não realizadas, a partir de um singelo palpite fiscal ou a partir da falta de conhecimento material do produto ou mercadoria transacionada, criando incidência por mera presunção, tal critério é de nenhuma juridicidade, visto que nem a operação material, nem a estruturalidade do produto circulatório servem de base para a imposição, mas apenas a opinião do agente fiscal de que a operação seria outra e que o produto não teria sua contextura idêntica àquela por ele imaginada (...) Por não ser a presunção fato gerador do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços, não há como impor tal critério exegético para instituir tributo contra a materialidade dos fatos geradores do ICMS". ("Lançamento de ICMS por Presunção". Caderno de Direito tributário e Finanças Públicas, v. 7, p. 72 - sem os destaques no original.) - Se os depósitos bancários fossem sinais exteriores da realização da hipótese tributária, não poderia a administração fazendária escusar-se de de mostrar a identidade entre os valores movimentados e as vendas mercantis que porventura entendesse que tenham deixado de ser escrituradas. - Competia a ela alicerçar as suas suposições quanto à ocorrência do fato gerador do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços de transporte e de comunicação, com indícios veementes que conduzissem à certeza da materialidade da hipótese de incidência. - Escreveu, em outra oportunidade, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, no exame da matéria tratada: "Tal colocação obriga o sujeito ativo a fazer levantamento completo, a partir de fatos indiscutíveis e inquestionáveis, e não meras presunções ou palpites para a produção de autos de infração, sem determinação da matéria tributável, na expectativa de que o sujeito passivo a determine na impugnação. Não pode proceder por

'achar que', na esperança de que a falha defesa do sujeito passivo termine por tornar líquido e certo, pela omissão ou impossível prova negativa, a líquida, incerta e indeterminável matéria tributável. Pelo art. 142 do CTN, compete o ônus da prova de que a matéria tributável, a base de cálc

EMENTA

Os depósitos bancários não tipificam, por si sós, hipótese de incidência para a configuração do ICMS, sabendo-se que o tributo só se impõe, conforme dicção constitucional, em ocorrendo operações de circulação de mercadorias, ou, ainda, serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de comunicação. - Em matéria tributária, no que toca sobretudo aos fatos imponíveis que compõem o tributo, não é admissível, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e da tipicidade fechada, que o legislador ordinário e o aplicador do direito façam uso indiscriminado de presunções.

NOTA DA REDAÇÃO

lex