

*Supremo Tribunal Federal*

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA  
D.J. 13.11.98  
EMENTÁRIO Nº 1 9 3 1 - 0 5

1073

06/10/98

SEGUNDA TURMA

AGRAVO REG. EM RECURSO EXTRAORDINARIO N. 216.983-2 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO  
AGRAVANTE: ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADA: PGE-SP - MARIA TEREZA MANGULLO  
AGRAVADO: EMBRACOM ELETRÔNICA TECNOLOGIA  
ADVOGADOS: ADALBERTO SPAGNUOLO E OUTROS

**EMENTA:** CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS: REGIME ESPECIAL. RESTRIÇÕES DE CARÁTER PUNITIVO. LIBERDADE DE TRABALHO. CF/67, art. 153, § 23; CF/88, art. 5º, XIII.

I. - Regime especial de ICM, autorizado em lei estadual: restrições e limitações, nele constantes, à atividade comercial do contribuinte, ofensivas à garantia constitucional da liberdade de trabalho (CF/67, art. 153, § 23; CF/88, art. 5º, XIII), constituindo forma oblíqua de cobrança do tributo, assim execução política, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre repeliu (Súmulas nºs 70, 323 e 547).

II. - Precedente do STF: ERE 115.452-SP, Velloso, Plenário, 04.10.90, "DJ" de 16.11.90.

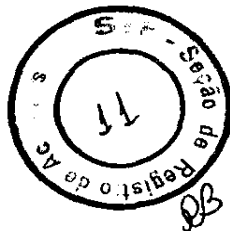
III. - RE não admitido. Agravo não provido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, negar provimento ao agravo regimental. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Presidente e Maurício Corrêa.

Brasília, 06 de outubro de 1998.

  
CARLOS VELLOSO - PRESIDENTE e RELATOR



06/10/98

SEGUNDA TURMA

AGRAVO REG. EM RECURSO EXTRAORDINARIO N. 216.983-2 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO  
AGRAVANTE: ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADA: PGE-SP - MARIA TEREZA MANGULLO  
AGRAVADO: EMBRACOM ELETRÔNICA TECNOLOGIA  
ADVOGADOS: ADALBERTO SPAGNUOLO E OUTROS

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - Trata-se de agravo regimental interposto pelo ESTADO DE SÃO PAULO contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário, com fundamento no decidido no julgamento dos ERE nº 115.452-SP, por mim relatado, cuja ementa restou assim redigida:

"Constitucional. Tributário. ICM: regime especial. Restrições de caráter punitivo. Liberdade de trabalho. Constituição Federal de 1967, art. 153, § 23. Constituição Federal de 1988, art. 5º, XIII.

1. - O 'regime especial do ICM', autorizado em lei estadual, porque impõe restrições e limitações à atividade comercial do contribuinte, viola a garantia constitucional da liberdade de trabalho (Constituição Federal de 1967, art. 153, § 23; Constituição Federal de 1988, art. 5º, XIII), constituindo forma oblíqua de cobrança do tributo, assim execução política, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre repeliu (Súmulas 70, 323 e 547)."

O agravante, inicialmente, transcreve as cláusulas do Regime Especial de Recolhimento de ICMS taxadas como sendo abusivas, sustentando a competência conferida pela Constituição Federal para,



"na ausência de lei federal, legislar sobre normas gerais de direito tributário (art. 24, § 3º)" (fl. 218).

Alega, em síntese, que:

a) as condições mencionadas nas cláusulas em questão não estão sujeitas ao princípio da reserva legal, podendo, assim, ser regulamentadas pela administração pública na observância da competência constitucionalmente conferida;

b) sob pena de se afrontar o princípio da isonomia entre os contribuintes, não se pode considerar tais cláusulas como sendo abusivas, uma vez que a empresa agravada, deixando de recolher em dia os impostos devidos, atua em melhores condições no mercado;

c) "a aplicação desse regime não acarreta restrições às atividades do contribuinte, mas sim implica na adoção de medidas que evitem o descumprimento das obrigações fiscais (...)" (fl. 220).

É o relatório.



06/10/98

SEGUNDA TURMA

AGRAVO REG. EM RECURSO EXTRAORDINARIO N. 216.983-2 SÃO PAULO

V O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): Assim a decisão agravada, ora sob exame:

"Vistos. O acórdão recorrido, em mandado de segurança, manteve a sentença que afastara, por entender abusivas, cláusulas do "Regime Especial de Recolhimento de ICMS".

Rejeitaram-se os embargos de declaração opostos.

Daí o RE, interposto pelo Estado de São Paulo, sustentando-se, em síntese, a constitucionalidade das mencionadas cláusulas.

Admitido o recurso, subiram os autos.

O eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, oficiando nos autos, assim equacionou a controvérsia:

'(...)

A propósito do tema, esse Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ERE nº 115.452, Rel.: Min. CARLOS VELLOSO, DJ 16/11/90, decidiu:

"Constitucional. Tributário. ICM: regime especial. Restrições de caráter punitivo. Liberdade de trabalho. Constituição Federal de 1967, art. 153, § 23.



Constituição Federal de 1988, art. 5º, XIII.

1. - O 'regime especial do ICM', autorizado em lei estadual, porque impõe restrições e limitações à atividade comercial do contribuinte, viola a garantia constitucional da liberdade de trabalho (Constituição Federal de 1967, art. 153, § 23; Constituição Federal de 1988, art. 5º, XIII), constituindo forma oblíqua de cobrança do tributo, assim execução política, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre repeliu (Súmulas 70, 323 e 547)."

Assim, opina o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pelo desprovimento do recurso.' (fls. 209/210)

Está correto o parecer, que adoto. Em consequência, nego seguimento ao recurso.

(...)" (fls. 212/213)

A decisão é de ser mantida.

Está no acórdão do Tribunal paulista:

"(...)

Se, de um lado, é facultado ao Fisco a utilização do regime especial, tal não significa que o mesmo possa exceder os limites de configuração do próprio tributo.

Dessa maneira, as indigitadas cláusulas 1ª e 6ª e seus parágrafos, do regime especial imposto ao



contribuinte se mostram abusivas. Aquela (ut fls. 27), porque desnatura o próprio tributo, já que desnivela o contribuinte com relação aos demais, uma vez que altera a data e a forma de seu recolhimento. E isto, como acuradamente dispôs a MMª Juíza de Direito sentenciante, desagrega o núcleo do próprio tributo. E esta (ut fls. 28/29), porque a exigência imposta à impetrante de que o imposto seja recolhido logo em seguida à emissão da nota fiscal também atinge a estrutura nuclear e elementar do imposto.

Assim, referidas cláusulas ofendem os princípios constitucionais da isonomia e da legalidade, razão porque não podem subsistir.

(...)" (fls. 147/148)

O Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, no julgamento dos ERE 115.452-SP, de que fui relator, decidiu:

"EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICM: REGIME ESPECIAL. RESTRIÇÕES DE CARÁTER PUNITIVO. LIBERDADE DE TRABALHO. CF/67, ART. 153, § 23; CF/88, ART. 5º, XIII.

I. - O 'regime especial do ICM', autorizado em lei estadual, porque impõe restrições e limitações à atividade comercial do contribuinte, viola a garantia constitucional da liberdade de trabalho (CF/67, art. 153, § 23; CF/88, art. 5º, XIII), constituindo forma oblíqua de cobrança do tributo, assim execução política, que a jurisprudência do Supremo Tribunal sempre repeliu (Súmulas nºs 70, 323 e 547).

II. - No caso, os acórdãos indicados como divergentes cuidaram do tema sob o ponto de vista legal, enquanto que o acórdão embargado decidiu a questão tendo em vista a Constituição. Inocorrência, por isso, de divergência capaz de autorizar os embargos.

III. - Embargos não conhecidos." ("DJ" 16.11.90)

No citado julgamento, proferi o seguinte voto:

"Sr. Presidente, os acórdãos indicados como divergentes, pelo recorrente, cuidaram do tema sob o ponto de vista legal, vale dizer, sob o ponto de vista da inexistência de lei. Entretanto, não afirmaram que, existindo lei estabelecendo regime especial, seriam ela e o regime compatíveis com a Constituição.

O acórdão embargado, por sua vez, decide a questão sob o ponto de vista da Constituição: existente ou não lei, o regime especial não pode persistir, porque incompatível com a Constituição.

Bem por isso, Senhor Presidente, não há divergência capaz de autorizar os embargos. Se houvesse, o recurso deveria ser improvido.

Com efeito.

O eminente Ministro OCTAVIO GALLOTTI, Relator do acórdão embargado, esclareceu a matéria em discussão e a jurisprudência da Casa, ao dizer, no seu voto:

'Cuida-se de mandado de segurança, interposto pela ora Recorrente, contra o ato da autoridade fiscal que, com base nos arts. 53 e 61 da Lei nº 440-74 e no art. 490 do Decreto nº 17.727-81, a submetera ao chamado "regime especial" de recolhimento do ICM, em virtude da inadimplência da Impetrante, quanto ao pagamento dos seus débitos fiscais.

Em decorrência do regime especial, foram estabelecidas, entre outras, as seguintes restrições ao contribuinte: a) recolhimento compulsório do ICM, antes da saída da mercadoria do estabelecimento comercial, ou após a saída e antes da entrega ao destinatário; b) vedação, aos negociantes compradores, de utilizarem o crédito a que têm direito, quando desacompanhados de "guia especial" de pagamento de tributo por parte do vendedor; c) retenção dos talonários de nota



fiscal, para aposição de um carimbo, mostrando que o contribuinte se encontra sob "regime especial" e d) publicação do ato impositivo da Administração, na imprensa oficial.

A questão de saber da constitucionalidade das medidas aplicadas no "regime especial" de pagamento do ICM é matéria já conhecida desta Corte, que, pelo menos em três assentadas, pelas suas duas Turmas, teve ocasião de pronunciar-se em sentido contrário à sua imposição, sob o fundamento de que as sanções, cominadas ao contribuinte, carecem de respaldo constitucional, particularmente à vista da inaceitável margem de arbítrio reservada aos agentes do Fisco.

Assim, no Recurso Extraordinário nº 106.759 (RTJ 115-1439), decidiu esta Turma, em hipótese idêntica àquela dos presentes autos, conhecer do recurso do contribuinte e dar-lhe provimento, em acórdão cuja ementa, bem sintetiza a orientação consagrada por este Supremo Tribunal:

"ICM. Regime especial.

Sanções não impostas por lei e entregues ao exclusivo arbítrio da autoridade fiscal.

Inaceitabilidade. Precedentes da Corte.

Recurso extraordinário conhecido e provido."

Daquela assentada, realço, pela inteira pertinência ao deslinde da espécie em exame, a seguinte passagem do voto do eminente Ministro OSCAR CORRÊA, Relator:

"O regime especial imposto pelo Regulamento Paulista





(Decreto nº 5.410/74, substituído pelo Decreto nº 17.727/81 deixa ao critério da autoridade as normas do regime especial a que se submeterá o contribuinte (arts. 490/491), pelo período que for fixado.


Ora, é inaceitável esse arbítrio da autoridade, ilimitado, que não se compadece com o regime de legalidade tributária vigente entre nós, garantia essencial da ordem jurídica." (RTJ 115/1442).

A mesma orientação fora adotada, por este Tribunal no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 76.455 (RTJ 73-821), Relator o em. Ministro LEITÃO DE ABREU e nº 100.918 (RTJ 111-1307), Relator o em. Ministro MOREIRA ALVES, sublinhados, em ambas as oportunidades o caráter de penalidade ou sanção política das cominações originárias do regime especial, consideradas ofensivas à garantia constitucional do art. 153, § 23.' (fls. 308-310).

Posteriormente, no voto que proferiu por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos pelo Estado de São Paulo, o Sr. Ministro Gallotti ressaltou a desvalia da distinção preconizada pelo embargante, no sentido de que o regime especial somente não prevaleceria no caso de inexistir lei. É que, sendo o fundamento dos acórdãos que afastam o regime especial de ordem constitucional (CF/67, art. 153, § 23), é irrelevante indagar se o ato violador da garantia do livre exercício do trabalho, ofício ou profissão se baseia em lei ou em decreto (fls. 321/322).

Perfeito o entendimento, que se escora em decisão da Casa (RE nº 76.455-MG, Relator o Sr. Ministro Leitão de Abreu, RTJ 73/821).

O certo é que o 'regime especial do ICM', mesmo autorizado por lei, porque impõe restrições e limitações à atividade comercial do contribuinte, viola a garantia da



liberdade de trabalho, que estava inscrita no art. 153, § 23 da Constituição de 1.967 e que a Constituição de 1.988 reafirma no art. 5º, XIII. Essas restrições e limitações à garantia da liberdade de trabalho não passam, na verdade, bem lembra o eminente Subprocurador-Geral Miguel Frauzino Pereira, no parecer de fls. 354/355, de formas oblíquas para a cobrança do tributo, assim execução política, procedimento que esta Casa tem repellido, conforme se vê das Súmulas nºs 70, 323 e 547.

Destarte, se conhecido, o recurso deveria ser improvido. Reporto-me, no entanto, às primeiras considerações que fiz, para não conhecer do recurso."

\*\*\*\*\*

Assim posta a questão, nego provimento ao agravo.

*M. D. S.*

SEGUNDA TURMA

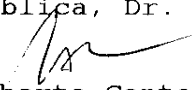
EXTRATO DE ATA

AGRAVO REG. EM RECURSO EXTRAORDINARIO N. 216.983-2  
PROCED. : SÃO PAULO  
RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO  
AGTE. : ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVDA. : PGE-SP - MARIA TEREZA MANGULLO  
AGDO. : EMBRACOM ELETRÔNICA TECNOLOGIA  
ADVDS. : ADALBERTO SPAGNUOLO E OUTROS

**Decisão:** Por unanimidade, a Turma negou provimento ao agravo regimental. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Presidente e Maurício Corrêa. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso. 2ª. Turma, 06.10.98.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

  
Carlos Alberto Cantanhede  
Coordenador