

17/05/2007

TRIBUNAL PLENO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0 CODIGO INEXISTENTE**

**RELATORA** : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**  
**REQUERENTE** : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  
**ADVOGADO** : OPHIR FILGUEIRAS CAVALCANTE  
**ADVOGADOS** : MARCELO MELLO MARTINS E OUTROS  
**REQUERIDO** : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA  
**ADVOGADO** : JULIANO HENRIQUE DA CRUZ CEREIJIDO  
**ADVOGADO** : DIANA COELHO BARBOSA

**EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 163, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO DE SÃO PAULO: INOCORRÊNCIA DE SANÇÕES POLÍTICAS. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 5º, INC. XIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. A retenção da mercadoria, até a comprovação da posse legítima daquele que a transporta, não constitui coação imposta em desrespeito ao princípio do devido processo legal tributário.

2. Ao garantir o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, o art. 5º, inc. XIII, da Constituição da República não o faz de forma absoluta, pelo que a observância dos recolhimentos tributários no desempenho dessas atividades impõe-se legal e legitimamente.

3. A hipótese de retenção temporária de mercadorias prevista no art. 163, § 7º, da Constituição de São Paulo, é providência para a fiscalização do cumprimento da legislação tributária nesse território e consubstancia exercício do poder de polícia da Administração Pública Fazendária, estabelecida legalmente para os casos de ilícito tributário. Inexiste, por isso mesmo, a alegada coação indireta do contribuinte para satisfazer débitos com a Fazenda Pública. ♪



4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em **julgar improcedente** a presente ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 17 de maio de 2007.

*Carmen Lucia*  
CARMEN LÚCIA -

Relatora

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0 CODIGO INEXISTENTE**

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA  
REQUERENTE : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO  
BRASIL  
ADVOGADO : OPHIR FILGUEIRAS CAVALCANTE  
ADVOGADOS : MARCELO MELLO MARTINS E OUTROS  
REQUERIDO : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO  
PAULO  
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA  
ADVOGADO : JULIANO HENRIQUE DA CRUZ CEREIJIDO  
ADVOGADO : DIANA COELHO BARBOSA

**R E L A T Ó R I O**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra o § 7º, do art. 163, da Constituição do Estado de São Paulo, que dispõe:

*"Art. 163 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado ao Estado:*

...

*V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributo, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público Estadual;*

...

*§ 7º - Para efeitos do inciso V, não se compreende como limitação ao tráfego de bens a apreensão de mercadorias, quando desacompanhadas de documentação fiscal idônea*

*hipótese em que ficarão retidas até a comprovação da legitimidade de sua posse pelo proprietário."*

2. Afirma a Autora, em brilhante petição elaborada a partir de Relatório do então Conselheiro Evandro Lins e Silva, que a norma questionada seria contrária ao art 5º, inc. XIII, da Constituição da República, pelo que o Supremo Tribunal Federal "vem considerando inadmissível qualquer meio coativo que possa atingir a atividade profissional lícita do contribuinte, com a apreensão de mercadorias para pagamento de tributos" e, ainda, que "as chamadas 'sanções administrativas' ... têm sido sistematicamente repelidas pelo Supremo Tribunal Federal, como dão conta as Súmulas nº 70, 323, e 547" (fls. 2 e 3).

2. Solicitadas informações ao Presidente da Assembléia Legislativa paulista foram elas prestadas no sentido da constitucionalidade da norma impugnada (juntada por linha).

3. O Advogado-Geral da União defendeu a constitucionalidade da norma, sendo de se acentuar, entretanto, que, naquele momento, era entendimento prevalecente a sua obrigação de atuar nesse exclusivo sentido (1995). Na defesa da norma questionada, asseverou ele que "em nenhum momento visou utilizar-se da apreensão como forma de coação destinada ao pagamento de qualquer débito fiscal. Ao contrário, expressamente determina a retenção de mercadorias apenas, e tão-somente, como meio coercitivo para comprovação da legitimidade de sua posse pelo proprietário." (fls. 34-35).

4. O Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido, pois, ao permitir a apreensão de mercadorias, não se teria criado meio coercitivo para a cobrança de tributos, apenas se

condicionando a providência administrativa às hipóteses de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, além de se limitar a retenção da mercadoria apreendida até a comprovação da legitimidade da posse das mercadorias pelo proprietário (fls. 42-44).

É o relatório, do qual deverão ser encaminhadas cópias aos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 87, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) *d*

17/05/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0 CODIGO INEXISTENTEV O T O**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. O objeto da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade é o § 7º do art. 163 da Constituição de São Paulo.

O argumento central do Autor, em seu pedido de declaração de inconstitucionalidade do § 7º do art. 163 da Constituição paulista, é que por ele se estaria a constranger o contribuinte a desempenhar a sua atividade profissional, em afronta ao art. 5º, inc. XIII, da Constituição da República.

2. Na esteira do que dispõe o art. 150, inc. V, da Constituição brasileira, a regra do art. 163 da Constituição paulista põe-se no sentido de proibir o Estado-membro de "... estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributo...".

Explicita-se, contudo, no § 7º, daquele mesmo dispositivo, que "... não se compreende como limitação ao tráfego de bens a apreensão de mercadorias quando desacompanhadas de documentação fiscal idônea...".

E essa situação - ausência de documento fiscal - tem como consequência a sua retenção "... até a comprovação da legitimidade de sua posse pelo proprietário..." *de*

3. O que se põe em exame é, pois, se se estaria diante de situação de sanção política imposta em desrespeito ao princípio do devido processo legal tributário ou se se cuidaria de atribuição inerente ao poder de polícia tributária.

Segundo Hugo de Brito Machado, "prática antiga, que, no Brasil, remonta aos tempos da ditadura de Vargas, é a das denominadas sanções políticas, que consistem nas mais diversas formas de restrições a direitos do contribuinte como forma oblíqua de obrigá-lo ao pagamento de tributos. São exemplos mais comuns de sanções políticas a apreensão de mercadorias em face de pequena irregularidade no documento fiscal que as acompanha, o denominado regime especial de fiscalização... As sanções políticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões, porque: a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos... e b) configuram cobrança sem o devido processo legal..." (MACHADO, Hugo de Brito - *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 468).

Não se tem, no caso em pauta, hipótese normativa de coação para fins de pagamento de valores ao Fisco, porque a mercadoria fica retida até a comprovação da posse legítima por parte daquele que a transporta e que, então, a tem em sua posse lícita.

4. Também não procede o argumento de que o § 7º do art. 163 da Constituição de São Paulo afrontaria o art. 5º, inc. XIII, da Constituição da República.

A garantia fundamental do livre "... exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão..." está subordinada ao atendimento das "... qualificações profissionais que a lei estabelecer...".

De se atentar que a legislação constitucionalmente mencionada estabelece os limites ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, que esta liberdade não é absoluta, como, de resto, nenhum o é. A observância dos recolhimentos tributários no desempenho dessas atividades impõe-se legal e legitimamente.

A imposição de providência fiscal que garanta a fiscalização do cumprimento das leis não destoa dos princípios do direito vigente.

5. Por igual não se sustenta o argumento do Autor no sentido de que o § 7º do art. 163 da Constituição de São Paulo estaria a contrariar Súmulas deste Supremo Tribunal, conclusão a que se chega pela só leitura de cada qual das que são enunciadas nos verbetes seguintes:

Súmula 70: "É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo".

Súmula 323: "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos".

Súmula 547: "Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais".

Essas Súmulas proíbem a Administração Pública de interditar estabelecimentos, apreender mercadorias ou cercear o exercício de



atividades profissionais daqueles que se encontram em débito com suas obrigações fiscais como meio de coagir o devedor tributário a honrar os débitos que tenha com o Fisco em desatenção aos processos próprios para o alcance deste objetivo. Dito de outra forma: o que se veda é a adoção de providências, não previstas no sistema jurídico, para conduzir o contribuinte ao pagamento do débito por ele havido com o Fisco por medida oblíqua, fugindo-se do cumprimento dos ditames legais relativos aos direitos dos contribuintes.

6. No caso presente, porém, o que se põe na norma apreciada é providência para a fiscalização do cumprimento da legislação tributária. Desempenha-se a atribuição prevista na norma como exercício do poder de polícia da Administração Pública, estabelecida legalmente para os casos de ilícito tributário.

Ao julgar o Recurso Especial n. 431.760, em que se questionou exatamente a apreensão de mercadoria pelo não-recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadoria, o Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, ressaltou o julgado proferido pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso que bem explica a inaplicabilidade, ao caso, da Súmula 323 deste Supremo Tribunal Federal:

*"REEXAME NECESSÁRIO DE SENTENÇA - MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - NÃO-RECOLHIMENTO - INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA - NATUREZA PERMANENTE - APREENSÃO DE MERCADORIAS - PODER DE POLÍCIA FAZENDÁRIA LEGAL - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 323 DO STF - SENTENÇA REEXAMINADA PROVIDA.*

*A Súmula n° 323 do STF só considera ilegal a apreensão de mercadorias como meio coercitivo do pagamento. Estando*

o contribuinte em infração de natureza permanente - não-recolhimento do [Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços] devido quando da entrada da mercadoria em solo mato-grossense, portanto com ausência de documento fiscal que a acoberte - a apreensão está dentro do exercício legal do poder de polícia fazendária" (DJ 16.8.2002).

Na lição de Hely Lopes Meirelles,

"Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração pública para condicionar e registrar o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio estado.

Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração pública para conter os abusos de direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.

(...)

O que todos os publicistas assinalam uniformemente é a faculdade que tem a Administração Pública de editar e executar medidas restritivas do direito individual em benefício do bem-estar da coletividade e da preservação do próprio Estado. Esse poder é inerente a toda Administração e se reparte entre todas as esferas administrativas da

União, dos Estados e dos Municípios" (Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 127-128).

7. Para que a Administração Pública paulista possa desenvolver seu trabalho de fiscalização é que a Constituição do Estado dispôs sobre a sanção aos que circulassem em seus limites territoriais portando mercadorias sem a necessária documentação fiscal que, obrigatoriamente, há de ser emitida e apresentada nos termos da legislação em vigor.

8. É no exercício do poder de polícia que o § 7º do art. 163 da Constituição de São Paulo estabelece o limite temporal em que a Administração Pública conservará a mercadoria em seu poder: "... até a comprovação da legitimidade de sua posse pelo proprietário".

Essa disposição da Constituição paulista harmoniza-se, aliás, com o que dispõe o Código Tributário Nacional:

"Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos."

"Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los" (grifos nosso).

Quando o dispositivo questionado prevê que "... não se compreende como limitação ao tráfego de bens a apreensão de mercadorias, quando desacompanhadas de documentação fiscal idônea...", essa hipótese define a atuação da Administração Pública no exercício de suas atividades de fiscalizar a circulação de mercadorias e adotar medidas quando se comprove estarem elas desacompanhadas dos documentos que as devam acompanhar, como é o caso de nota fiscal.

Segundo as normas tributárias vigentes, a documentação fiscal, acompanhando a respectiva mercadoria, é instrumento de que se vale a Administração Pública, no exercício do poder de polícia, para fiscalizar a correta execução das atividades desenvolvidas em seu território.

O § 7º do art. 163 da Constituição paulista reproduz, em resumo, o quadro normativo havido no Código Tributário Nacional, sem que ali se contenha afronta ao art. 5º, inc. XIII, da Constituição da República.

Não se está, portanto, diante de situação em que a norma teria estabelecido meios indiretos pelos quais a Administração tributária forçaria o contribuinte a satisfazer crédito com a Fazenda Pública. Daí a inaplicação, à espécie, das súmulas antes transcritas deste

Supremo Tribunal, porque não se viola, aqui, o princípio segundo o qual a lei tributária não pode impor restrições operacionais ou estabelecer dificuldades ou entraves ao exercício profissional dos contribuintes como meio alternativo e ilegítimo para se forçar a execução fiscal como meio de cobrança de créditos tributários. O que não se compatibiliza com os princípios do sistema constitucional vigente são práticas arbitrárias contra contribuintes inadimplentes. Aí, sim, ter-se-ia afronta ao art. 5º, inc. XIII, da Constituição. Mas, reitere-se: não é o que se dá na espécie.

6. Por essas razões, voto pela improcedência da ação.

17/05/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0 CODIGO INEXISTENTEV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, de fato, a eminente Relatora equaciona bem o caso.

Também entendo tratar-se de um legítimo exercício do poder de polícia e, portanto, bem situado no âmbito de possibilidades do Código Tributário Nacional.

Até lembraria à eminente Relatora - em nada isso robustece ou adensa o voto de Sua Excelência - que também o equacionamento aqui proposto homenageia o inciso XVIII do art. 37 da Constituição, que diz em alto e bom som:

"Art.37.....

XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;"

O que evidencia essa preocupação da Constituição em desembaraçar, ao menos no plano do poder de polícia, a atividade dos servidores fiscais e a atividade como um todo da administração fazendária.

Acompanho o voto de Sua Excelência.

###



17/05/2007

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0 CODIGO INEXISTENTE

VOTO

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Senhor Presidente, essa é uma ação que considero surpreendente.

A norma não se destina a ser meio coercitivo para cobrança nem pagamento de tributo e, muito menos, constitui restrição a contribuinte em débito, até porque a nota fiscal pode ser simplesmente de documentação de operação isenta de tributo.

Acompanho inteiramente o voto da Relatora.




17/05/2007

TRIBUNAL PLENO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0 CODIGO INEXISTENTE**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, não há norma vinculando o trânsito de mercadorias ao pagamento do tributo. Constata-se que o § 7º do artigo 163 da Constituição do Estado de São Paulo encerra, em si, o poder de polícia numa situação concreta que exige providência imediata: o trânsito de mercadorias sem que se tenha essas mercadorias como legalizadas, sem que se tenha a licença respectiva. Cogita-se, portanto, da apreensão para se demonstrar até mesmo a titularidade da própria mercadoria.

Acompanho a relatora no voto proferido, julgando improcedente o pedido formulado na inicial.





17/05/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0 CODIGO INEXISTENTE

VOTO

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Mas essa apreensão é a que ocorre quando se circula com determinadas mercadorias, por exemplo, para um caminhão circular com certa mercadoria, é preciso que se tenha a correspondente nota fiscal. E, como bem observou o Ministro Cezar Peluso, há mercadorias que nem ao menos dependem de pagamento de tributos. Então, não adiantaria a medida. *✓*

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Isso é exigível do contribuinte que também está em dia.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)**- De todo mundo. É basicamente para haver um controle pela fiscalização. Então, a meu ver, não é o caso de sanção política, porque o texto do § 7º do art. 163 é muito taxativo no sentido de ser instrumento necessário de fiscalização da Administração Fazendária. *✓*

**O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** - Mas as preocupações do Ministro Celso de Mello são todas válidas e estão atendidas pelos fundamentos do voto de Vossa Excelência.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Acho que sim, no sentido de não pode ser considerado um meio oblíquo de forçar o pagamento.

17/05/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0 CODIGO INEXISTENTE

## EXPLICAÇÃO

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Senhor Presidente, queria fazer apenas uma referência nesses tempos difíceis do Brasil.

Esta foi uma ação proposta a partir de trabalho apresentado por um Ministro aposentado deste Tribunal. Só queria acentuar, como registro *a latere*, o compromisso que os Ministros que ocupam e que honram este Tribunal hoje e em todos os tempos têm com a Constituição. Porque, mesmo depois de deixar a toga sobre a cadeira, tendo saído daqui, voluntariamente ou não, eles continuam a lutar, nas condições que têm, para ver aperfeiçoado o questionamento de constitucionalidade das leis, quando isso se fizer necessário. E foi o que fez, neste caso, o Ministro Evandro Lins e Silva, que honrou este Tribunal e continuou, mesmo depois de sair, comprometido com a Constituição e com o controle de constitucionalidade em trabalhos como este.

Independentemente do nosso resultado, queria deixar consignado que atuações como a do Ministro Evandro Lins e Silva são um exemplo de luta pela Constituição e pelo Brasil, que ele deixa registrado para ser seguido. *lv*

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395-0**

PROCED.: SÃO PAULO

**RELATORA : MIN. CÂRMEN LÚCIA**

REQTE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.: OPHIR FILGUEIRAS CAVALCANTE

ADVDS.: MARCELO MELLO MARTINS E OUTROS

REQDO.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.: CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA

ADV.: JULIANO HENRIQUE DA CRUZ CEREIJIDO

ADV.: DIANA COELHO BARBOSA

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente a ação direta, nos termos do voto da Relatora. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracje (Presidente), o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 17.05.2007.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

  
Luiz Tomimatsu  
Secretário