

A CASSAÇÃO DA INSCRIÇÃO ESTADUAL DO ICMS PREVISTA PELA LEI N. 15.315/2014, DO ESTADO DE SÃO PAULO. INCONSTITUCIONALIDADES

José Eduardo Burti Jardim

A Lei n. 15.315/2014, do Estado de São Paulo, surgiu em meio a um cenário de forte ofensiva aos crimes de roubo e receptação de cargas, tendo sido sancionada pelo governador Geraldo Alckmin, no dia 17 de janeiro de 2014, na sede do Sindicato das Empresas de Transportes de Carga de São Paulo e Região – SETCESP e da Federação das Empresas de Transportes de Cargas do Estado de São Paulo – FETCESP. Naquela oportunidade, o Governador assinalou “*Hoje, estamos sancionando uma Lei que pune o receptor da carga. Se não há receptor, não há roubo de cargas. Estamos atacando o problema em sua raiz*”.

Conquanto o Poder Público tenha em mira o combate aos crimes de roubo, furto, contrabando e receptação, a lei termina por tratar todas as hipóteses com o mesmo rigor, da organização criminosa à empresa idônea de transporte de passageiros e bagagens, o que significa dizer que os contribuintes de boa-fé poderão ser tratados como transgressores de leis penais e tributárias.

Vejamos o texto da legislação em questão:

Artigo 1º – Será cassada a eficácia da inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, do estabelecimento que adquirir, distribuir, transportar, estocar, revender ou expor à venda quaisquer bens de consumo, gêneros alimentícios ou quaisquer ou-

tros produtos industrializados fruto de descaminho, roubo ou furto, independentemente de ficar ou não caracterizada a receptação.

Artigo 2º – A falta de regularidade da inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS inabilita o estabelecimento à prática de operações relativas à circulação de mercadorias e de prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Artigo 3º – A cassação da eficácia da inscrição do cadastro de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, prevista no artigo 1º, implicará, à pessoa dos sócios do estabelecimento penalizado, sejam eles pessoa física ou jurídica, em comum ou separadamente:

I – o impedimento de exercerem o mesmo ramo de atividade, mesmo que em estabelecimento distinto daquele;

II – a proibição de entrarem com pedido de inscrição de nova empresa, no mesmo ramo de atividade;

III – imposição de multa correspondente ao dobro do valor dos produtos constatados serem produto de roubo ou furto.

Parágrafo único – As restrições previstas nos incisos I e II prevalecerão pelo prazo de cinco anos, contados da data de cassação, sendo requisitos a serem observados, obrigatoriamente, para o fim do registro previsto no artigo 16 da Lei 6.374, de 1º de março de 1989.

(...)

Com efeito, a lei estabelece a perda do direito ao exercício de atividade econômica ao contribuinte que adquirir, distribuir, transportar, estocar, revender ou expor à venda quaisquer bens, que sejam objeto de descaminho, roubo ou furto, independentemente de ficar ou não caracterizada a receptação.

A legislação em comento hospeda uma série de impropriedades, que serão a seguir analisadas.

I. A lei não descreve o modo de aplicação da penalidade de cassação nem a forma de defesa do contribuinte (violação do art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88)

De início, chama nossa atenção o fato de a lei não estabelecer o procedimento de aplicação da cassação da eficácia da inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.

Em nosso ordenamento jurídico, toda e qualquer penalidade somente pode ser aplicada por meio de norma concreta e individual, seja ato administrativo, seja decisão administrativa ou judicial, com observância do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) e contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), mormente quando a penalidade se volta a restringir ou impedir o sagrado direito ao exercício de atividade econômica (artigos 5º, inciso XIII, e 170, parágrafo único, CF/88).

Todavia, a lei não definiu a autoridade competente para identificar os bens nas situações apontadas como ensejadoras da perda da inscrição estadual (enquadramento do fato à norma), nem o procedimento específico para comprovar a ilicitude. Nada dispôs, ainda, acerca do procedimento de aplicação da providência sancionatória, nem tampouco sobre o exercício do direito de defesa, que devem preceder a aplicação de qualquer sanção.

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal estabelece: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Nas palavras de **JOSÉ CRETILLA JÚNIOR**, “*a regra da ampla defesa abrange a regra do contraditório, completando-se os princípios que as informam e que se resumem no postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do Estado*” (Comentários à Constituição de 1988, Forense Universitária, 1ª edição, 1989, p. 534).

A extraordinária carga axiológica e a sua grande generalidade conferem à regra contida no artigo 5º, LV, da Carta Constitucional de 1988 uma posição preeminente, apresentando-se como um magno princípio constitucional.

No entanto, a lei nada dispõe sobre os referidos pontos, apresentando um verdadeiro vácuo normativo, o qual não poderá ser normatizado pelo Poder Executivo, em face do princípio da legalidade, imerso no artigo 5º, II, da Constituição Federal. No plano tributário, a exigência surge com cores vivas, no artigo 150, I, CF/88.

De outra parte, merece registro o teor da Lei n. 11.929/2005 (lei de combate à adulteração de combustíveis), que estabeleceu, ao menos, que a desconformidade será comprovada por meio de “laudo elaborado pela Agência Nacional do Petróleo ou por entidade por ela credenciada ou com ela conveniada” (art. 2º), sendo, no mais, regulamentada pela Portaria CAT n. 28, de 20/04/2005. Ainda assim, entrevemos que houve usurpação da função legislativa, na medida em que competiria à lei dispor sobre todos os elementos atinentes à configuração, procedimento de constatação e formalização do ilícito, bem assim sobre a defesa do contribuinte.

Com efeito, surpreende a nós e a todos que a lei nada disponha sobre a forma de aplicação da providência sancionatória, nem tampouco sobre o direito de defesa e recursos.

A leitura do texto dá a entender que a autoridade fiscal que tiver notícia de fato descrito na referida lei, poderá cassar, de pronto, a inscrição estadual daquela empresa que estiver relacionada com o fato eventualmente ilícito, ainda que idônea e de boa-fé.

Todavia, considerando que a leitura do texto não representa interpretação, mas tão somente o início do labor interpretativo, e considerando, ainda, que a construção do sentido da norma deve ser feita de forma sistemática, supondo o sistema jurídico como uma estrutura unitária,

podemos afirmar que a legislação em questão não veicula norma válida alguma.

Assim, entendemos que a lei seja juridicamente inaplicável, por incompletude de sua estrutura jurídica, sendo que os elementos faltantes não poderão ser normatizados por atos emanados do Poder Executivo. Ao lado disto, despontam as inconstitucionalidades demonstradas.

II. Violação do direito ao exercício de atividade econômica (art. 1º, IV, artigo 5º, inciso XIII, e artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal)

Inicialmente, cabe assinalar que a liberdade de iniciativa representa um dos fundamentos da República (art. 1º, IV, CF/88), encontrando raízes, ainda, no artigo 5º, XIII, e artigo 170, ambos da Lei Maior.

Assim, a afronta à livre iniciativa e à liberdade econômica viola uma série de princípios, que, entrelaçados, compõem uma das colunas mestras da nossa Constituição.

Consoante exposto em tópico precedente, a cassação de inscrição estadual consiste em grave afronta ao direito de livre exercício da atividade profissional prevista no artigo 5º, XIII, CF/88, o qual é extensivo às pessoas físicas e jurídicas. De outro lado, ofende o direito ao exercício de atividade econômica, um dos fundamentos da ordem econômica, plasmado no artigo 170, parágrafo único, da Carta Constitucional. Ao derradeiro, termina por violar um dos fundamentos da República (art. 1º, IV, CF/88).

Neste ponto, cabe evocar a doutrina abalizada de **PINTO FERREIRA**: “*O conceito de liberdade de profissão, de origem francesa, é amplo e abrange a liberdade de comércio e a de indústria.*” (*Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 88). Adiante, arremata com os seguintes dizeres: “*O preceito constitucional é amplo e*

abrangente, para assegurar a liberdade de escolha de profissão ou tipo de trabalho, indústria ou comércio, extensivo às pessoas jurídicas”.

Respeitadas as restrições constitucionalmente estabelecidas e aquelas impostas por lei de acordo com a Constituição, atividade econômica é livre. Neste sentido **CELSO RIBEIRO BASTOS** proclama: “*Qualquer atividade econômica é livre.*” (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 7, 1990, Ed. Saraiva, p. 38)

Diante do exposto, desponta que a legislação estadual esbarra em princípios constitucionais, tratando-os com menoscabo, como se simples regras fossem.

Ainda que os propósitos da lei sejam louváveis, é certo que devem ser trilhados os caminhos desenhados pela Constituição, sob pena de serem cometidos atos atentatórios à liberdade de trabalho e ao exercício de atividade econômica, com consequências extremamente detrimen- tosas às empresas estabelecidas, idôneas e de boa-fé.

O desconcerto da lei é de tal monta que poderá até mesmo inviabilizar a repressão aos casos de crimes de roubo e receptação.

III. Violação do princípio da proporcionalidade

A doutrina e a jurisprudência mais moderna assinalam que não basta que a lei preveja as consequências para os fatos abstratamente previstos na hipótese normativa. É indispensável que exista compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

GILMAR FERREIRA MENDES, doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, pontifica no sentido em que “*um juízo definitivo sobre a proporcionalidade e razoabilidade na medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito)*”. (*Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no*

Brasil, Celso Bastos Editor, publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 107)

Há necessidade que o meio empregado seja o menos gravoso possível, vale dizer, inexistência de outro menos ofensivo ao direito do particular, e que exista uma correlação lógica entre o meio utilizado e os fins perseguidos.

A Lei n. 15.315/14, do Estado de São Paulo, na direção oposta à Constituição da República, prescreve pena capital à empresa que for identificada, ainda que de boa-fé, no transporte de bens objeto de furto, roubo ou descaminho “*independentemente de ficar ou não caracterizada a receptação*”. Demais disso, estende a pena aos sócios, pessoas físicas e jurídicas, impedindo-os de explorar e mesma atividade pelo prazo de cinco anos.

Nada mais disparatado, desproporcional e desarrazoado.

Não é demais dizer que o Poder Público pretende transferir ao empresário o ônus de fiscalizar a vida privada de seus clientes, sem que aquele seja dotado de poder de polícia.

Merece registro, por oportuno, a irrisignação de **EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI** com a “*comodidade fiscal*”, bem como com relação aos casos em que o contribuinte de boa-fé é sancionado por fato cometido por terceiro:

Sob a lógica do princípio da comodidade tributária, o Fisco não precisa provar para acusar o Contribuinte, é o Contribuinte que, acusado sem provas (pela inversão do ônus da prova), tem que provar uma situação jurídica que é da esfera da competência do Fisco dispor: trata-se, assim, de ato impossível para o contribuinte. Seguindo essa cômoda racionalidade, o contribuinte cumpre as suas obrigações tributárias, incorre em custos que deveriam ser suportados pelo Estado para pagar os seus impostos e fiscalizar o pagamento de impostos dos demais contribuintes e, ainda, fica sujeito à ulterior autuação em decorrência da ineficácia dos controles e da falta de confiabilidade

dos atos de sua Diretoria de Informação *ex vi* do art. 5º da Portaria da CAT 95. (ICMS - Delegação do ônus da fiscalização nas operações interestaduais e impossibilidade da declaração de inidoneidade retroagir em face de contribuinte de boa-fé: “Princípio da comodidade fiscal” em que problemas de logística da legislação e ineficiência da administração fiscal são transferidos ao contribuinte – Fiscosoft - 2012).

O desacerto da malfadada lei estadual pode gerar situações absolutamente desarrazoadas. Para ilustrar o aduzido, suponha-se uma situação em que o Poder Público surpreenda, no ônibus de importante empresa de transporte, um passageiro trazendo consigo bens adquiridos sem emissão de nota fiscal. A persistir o cenário jurídico atual, esta situação de fato poderá ensejar até mesmo a cassação da inscrição estadual da empresa idônea!

A afronta ao princípio da proporcionalidade é manifesta.

Por estas razões, ao lado das demais expostas anteriormente, entendemos que a lei em comento se mostra inconstitucional.

Considerações finais

A Lei n. 15.315, de 17 de janeiro de 2014, tirante a sua incompletude normativa, viola, a um só tempo, os primados do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88), do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88) e do princípio que garante o exercício de atividade econômica (art. 5º, inciso XIII, e art. 170, parágrafo único, CF/88).

Não obstante as inconstitucionalidades apontadas, é certo que a lei tende a ser aplicada imediatamente, o que poderá trazer sérios transtornos e prejuízos às empresas idôneas, pelo que se afigura plenamente cabível o ajuizamento de medida judicial preventiva, com a finalidade de impedir a aplicação das medidas sancionatórias previstas na Lei n. 15.315, de 17 de janeiro de 2014.

Estas são as nossas considerações.