

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO SP

Processo n. 3274/09 (APENSO)

A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por sua Procuradora infra-assinada nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por IBÉRIA INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA., diante de ato do SR. DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE RIBEIRÃO PRETO, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, apresentar CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO, requerendo sejam recebidas, processadas e encaminhadas ao EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, para conhecimento.

Requer-se, outrossim, com fulcro no art. 25 da Lei 6830/80, que nas publicações da imprensa oficial, também conste os nomes dos Drs. Elizabeth Jane Alves de Lima, OAB/SP 69.065, Ronaldo Natal, OAB/SP 73.302 e Maria Lia Pinto Porto Corona, OAB/SP 108.644, responsáveis pelo acompanhamento dos processos perante o Tribunal.

Termos em que,
pede deferimento.
Ribeirão Preto, 10 de dezembro de 2010.

ANA PAULA ANDRADE BORGES DE FARIA
Procuradora do Estado
OAB n.154738

APELANTE: IBÉRIA INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.
APELADA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Processo nº 3274/09 – Mandado de Segurança
Cartório da 2ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto

CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO

EGRÉGIO TRIBUNAL,
COLENDIA CÂMARA,

Irresignada com a r. sentença que denegou a segurança, apela a vencida, postulando a reforma do julgado, para que seja concedida a ordem a fim de ver liberados e autorizados os impressos e documentos fiscais necessários ao exercício de sua atividade, livre da obrigação de provar o pagamento do ICMS declarado e vencido como condição de acesso ao uso desses impressos de documentos fiscais, imposição que foi estabelecida por força de regime especial “Ex Officio” implantando pela autoridade indigitada coatoara.

Para tanto, alega, em síntese, que o regime especial que lhe foi imposto seria ilegal e inconstitucional, por malferir o princípio do livre exercício da atividade econômica (CF, art. 170).

Nada obstante, a r. sentença, que reconheceu a legalidade e constitucionalidade do regime especial “Ex Officio” imposto à Apelante (condicionando a entrega de talonários de notas fiscais ao pagamento de tributo vencido), merece ser mantida, por ter sido proferida com o costumeiro acerto. Realmente:

DA LEGALIDADE DO REGIME ESPECIAL “EX OFFICIO”

Ao contrário do que afirma a Apelante, o regime especial de recolhimento do ICMS tem inequívoco amparo legal. Com efeito:

O artigo 194, parágrafo único, do CTN, é expresso ao consignar que a legislação tributária das diversas pessoas políticas regulará “a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação”.

Nesse cenário, o artigo 71 da Lei Estadual n.º 6.374/89 estabelece que “em casos especiais e com o objetivo de facilitar ou compelir à observância da legislação tributária, as autoridades que o regulamento designar podem determinar, a requerimento do interessado ou de ofício, a adoção de regime especial para o cumprimento das obrigações fiscais”. (grifos nossos)

Ainda, diz a Lei n. 6.374/89 que:

“Artigo 47. O valor do imposto a recolher corresponde à diferença, em cada período de apuração, entre o imposto devido sobre as operações ou prestações tributadas e o cobrado relativamente às anteriores.

Parágrafo único – O regulamento poderá determinar:

(...)

2 - a implantação de outro sistema de recolhimento do imposto, que se mostre mais eficiente para combater a sonegação”. (grifos nossos)

“Artigo 60. Poderá ser exigido o recolhimento antecipado do imposto devido pela operação ou prestação subsequentes, com a fixação do valor desta, se for o caso, nas seguintes situações, dentre outras:

(...)

IV – em decorrência de regime especial;

(...)” (grifos nossos)

E, com amparo na Lei n. 6.374/89, acima transcrita, o Regulamento do ICMS Paulista determina que:

“Artigo 488. Quando o contribuinte deixar reiteradamente de cumprir as obrigações fiscais, a autoridade fiscal, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 479, poderá impor-lhe regime especial para o cumprimento dessas obrigações”.

Verifica-se, assim, que o enquadramento da Apelante no Regime Especial de Recolhimento de ICMS “Ex-Officio” tem substancial amparo normativo, e, além disso, é perfeitamente proporcional e razoável, em face do comportamento tributário adotado pela Apelante. Senão vejamos:

DA NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DO REGIME ESPECIAL

Como está consignado nas informações apresentadas pela autoridade impetrada: “27. O motivo que levou o Fisco à implantação dessa rigorosa e excepcional medida fiscal foi a gravíssima situação de inadimplência apresentada pela Apelante, conforme se pode se visualizar nas planilhas anexas (docs. 1 a 3), demonstrando que a Apelante possui débitos inscritos na Dívida Ativa no importe de R\$ 92.246.888,99, sendo R\$ 15.175.730,86 relativos a autuações e R\$ 77.071.158,13 relativos a imposto declarado, e, ainda, débitos não inscritos no importe de R\$ 5.119.135,69, perfazendo o exorbitante total de R\$ 97.366.024,68, montante que acabou gerando sérias preocupações para o Fisco e acarretando a aplicação da medida fiscal cabível” (grifos nossos)

Em complementação às informações sobreditas, apurou-se que a partir da competência 11/08 a Apelante:

- (a) não recolheu mais nenhum centavo de seus débitos declarados ao fisco (fls. 146/51);
- (b) rompeu, por inadimplência, todos os seus parcelamentos de débitos declarados, inclusive aqueles pactuados no âmbito do PPI do ICMS (fls. 152/62).

Diante desse cenário de descaso perante os comandos da lei fiscal, a autoridade apontada como coatora houve por bem, com fundamento na legislação tributária em vigor, especialmente no artigo 488 do RICMS/00, e conforme o procedimento administrativo nº 22567-279222/2009, impor à Apelante um Regime Especial de Recolhimento de ICMS “Ex-Officio” (fls. 163/73), compreensivo do controle fiscal da apuração e recolhimento do ICMS devido pela Apelante, com custódia e controle da utilização dos impressos de documentos fiscais.

O desiderato da autoridade fiscal, com o enquadramento da Apelante no Regime Especial não foi obstaculizar o livre exercício de sua atividade econômica, senão, compatibilizar o exercício de tal atividade com o cumprimento da legislação tributária.

Ocorre que, com o deferimento da medida liminar, concedida apenas alguns dias após a implantação do Regime Especial, a situação de inadimplência da Apelante agravou-se substancialmente, verificando-se um astronômico crescimento de seu passivo tributário – os débitos tributários da empresa já alcançam o montante de R\$ 117.617.031,88 (fls. 174).

Não faltam motivos, portanto, para justificar a submissão da Apelante ao Regime Especial de Apuração do ICMS, motivo pelo qual é de rigor a confirmação da r. sentença.

Nem se diga, outrossim, como faz a Apelante, que a instituição do Regime Especial em destaque consubstanciaria afronta ao princípio do livre exercício da atividade econômica, contemplado pelo parágrafo único do artigo 170, da Constituição Federal. Confira-se:

DA CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL VINCULADO AO PRÉVIO RECOLHIMENTO DO ICMS DECLARADO

A Apelante fundamenta sua argumentação no teor literal do parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal, “in verbis”:

“Art. 170. (...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Porém, nas palavras de EROS ROBERTO GRAU: “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços.” (A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 7ª Edição, Malheiros, São Paulo: 2002, p. 275).

Em outras palavras, na interpretação das normas constitucionais, não se pode fazer a leitura de cada dispositivo da Lei Maior isoladamente, é preciso ler a Constituição em seu conjunto, harmonizando os comandos que, aparentemente, podem ser conflitantes.

Em tal esteira, a aguda observação de LUIZ ROBERTO BARROSO (Interpretação e Aplicação da Constituição. 5ª edição. São Paulo, Malheiros: 2003, p. 136/7):

“Uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra. Não é possível compreender integralmente alguma coisa – seja um texto legal, uma história ou composição – sem entender suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo. A visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema, é vital.

O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas.

(...) A Constituição, em si, em sua dimensão interna, constitui um sistema. Essa ideia de unidade interna da Lei Fundamental cunha um princípio específico, derivado da interpretação sistemática, que o princípio da unidade da Constituição, para o qual se abre um capítulo adiante. A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente.” (grifos nossos)

Nesse cenário, verifica-se não ser possível analisar o caso em exame unicamente tendo por parâmetro a letra fria do artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal, senão a integralidade do dispositivo constitucional em destaque, a saber:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (grifos nossos)

Vemos, assim, que, o direito ao livre exercício da atividade econômica insere-se no contexto da ordem econômica constitucional, e, assim, deve harmonizar-se com o objetivo de assegurar a todos a existência digna, com justiça social, e com os demais princípios informadores da ordem econômica, dentre os quais se destacam a função social da propriedade e a livre concorrência.

Ora, é certo que uma empresa que se furta de forma renitente a recolher ICMS declarado e não pago, cuja exigibilidade é praticamente inquestionável perante a jurisprudência consolidada de nossos Tribunais, seguramente não tem uma atuação econômica voltada a garantir a todos uma existência digna, conforme aos ditames da justiça social (CF, 170, “caput”), já que, com seu comportamento, a Apelante deixa de repassar ao Estado (a todos e a cada um de nós) imposto indireto que será suportado, de fato, pelo consumidor, no final da cadeia produtiva.

Em outras palavras: ao deixar de recolher sistematicamente ICMS declarado e não pago a Apelante retém para si uma parcela do patrimônio dos consumidores finais, que são os atores econômicos que, de fato, suportam a carga tributária, e tal riqueza deixa de ser destinada a financiar, imediatamente, o Estado Social de Direito, para ficar à disposição da Apelante, sob o pálio do princípio do livre exercício da atividade econômica.

Igualmente, a insistente recusa da Apelante em cumprir suas obrigações tributárias, deixando de pagar ICMS declarado e não pago há mais de 2 (dois) anos não se compatibiliza com o princípio da função social da propriedade, que integra a ordem econômica instituída pela Constituição da República (CF, 170, III). Isto porque, como aponta EROS ROBERTO GRAU (A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 7ª Edição, Malheiros, São Paulo: 2002, p. 275):

“O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle da empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e, não apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade”. (grifos nossos)

Por fim, o comportamento da Apelante malfere o princípio constitucional da livre concorrência, porquanto a falta de recolhimento sistemática do ICMS declarado e não pago coloca a Apelante em situação econômica privilegiada em relação àqueles que pagam o tributo regularmente, dando causa a concorrência desleal e predatória, com evidentes prejuízos para todo o mercado.

A tal respeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já se pronunciou em caso análogo:

“American Virginia Indústria e Comércio Importação Exportação Ltda. pretende obter efeito suspensivo para recurso extraordinário admitido na origem, no qual se opõe a interdição de estabelecimentos seus, decorrente do cancelamento do registro especial para industrialização de cigarros, por descumprimento de obrigações tributárias. (...) Cumpre sublinhar não apenas a legitimidade destoutro propósito normativo, como seu prestígio constitucional. A defesa da livre concorrência é imperativo de ordem constitucional (art. 170, IV) que deve harmonizar-se com o princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*). Lembro que ‘livre iniciativa e livre concorrência, esta como base do chamado livre mercado, não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa e vice-versa (cf. Farina, Azevedo, Saes: *Competitividade: Mercado, Estado e Organizações*, São Paulo, 1997, cap. IV). Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços ...’ Calixto Salomão Filho, referindo-se à doutrina do eminente Min. Eros Grau, adverte que ‘livre iniciativa não é sinônimo de liberdade econômica absoluta (...). O que ocorre é que o princípio da livre iniciativa, inserido no *caput* do art. 170 da CF, nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, porém social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada.’ A incomum circunstância de entidade que congrega diversas empresas idôneas (ETCO) associar-se, na causa, à Fazenda Nacional, para defender interesses que reconhece comuns a ambas e à própria sociedade, não é coisa de desprezar. Não se trata aqui de reduzir a defesa da liberdade de concorrência à defesa do concorrente, retrocedendo aos tempos da ‘concepção privatística de concorrência’, da qual é exemplo a ‘famosa discussão sobre liberdade de restabelecimento travada por Rui Barbosa e Carvalho de Mendonça no caso da Cia. de Juta (*Revista do STF* (III), 2/187, 1914)’, mas apenas de reconhecer que o fundamento para a coibição de práticas anticoncorrenciais reside na proteção a ‘ambos os objetos da tutela: a lealdade e a existência de concorrência (...)’. Em primeiro lugar, é preciso garantir que a concorrência se desenvolva de forma leal, isto é, que sejam respeitadas as regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos. Dois são os objetivos dessas regras mínimas. Primeiro, garantir que o sucesso relativo das empresas no mercado dependa exclusivamente de sua eficiência, e não de sua ‘esperteza negocial’ – isto é, de sua capacidade de desviar consumidores de seus concorrentes sem que isso decorra de comparações baseadas exclusivamente em dados do mercado.’ Ademais, o caso é do que a doutrina chama de tributo extrafiscal proibitivo, ou simplesmente proibitivo, cujo alcance, a toda a evidência, não exclui objetivo simultâneo de inibir ou refrear a fabricação e o consumo de certo produto. A elevada alíquota do IPI caracteriza-o, no setor da indústria do tabaco, como tributo dessa categoria, com a nítida função de desestímulo por indução na economia. E isso não pode deixar de interferir na decisão estratégica de cada empresa de produzir ou não produzir cigarros. É que, determinada a produzi-lo, deve a indústria submeter-se, é óbvio, às exigências normativas oponíveis a todos os participantes do setor, entre as quais a regularidade fiscal constitui requisito necessário, menos à concessão do que à preservação do registro especial, sem o qual a produção de cigarros é vedada e

ilícita.” (AC 1.657-MC, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 27-6-2007, Plenário, DJ de 31-8-2007.) (grifos nossos)

Ainda, destaca-se que a Apelante não está impedida de livremente exercer sua atividade, pois o regime especial não a obriga ao recolhimento de imposto antes do fato gerador, ao recolhimento indevido e não impede a apropriação dos créditos legítimos.

Nesse mesmo sentido já decidiu o Poder Judiciário, em 16/08/2006, no julgamento da Apelação Cível nº 329.182.5/7, afirmando:

“Vale dizer que nenhuma das atividades das impetrantes, sejam comerciais, sejam fiscais, ficam alteradas na sua essência, que a alteração é apenas quanto a foram de ser fiscalizada, daí não haver ofensivas à garantia constitucional da liberdade de trabalho (artigo 5º, XIII, CF)”

Na verdade, permitir que a Apelante continue operando sem ônus do pagamento do ICMS com evidente vantagem sobre as empresas que cumprem suas obrigações fiscais, compromete a livre concorrência que constitui garantia constitucional. Ou seja, a Apelante está praticando a concorrência desleal às empresas que cumprem as obrigações com o fisco e atuam também no setor de indústria de embalagens.

Na há dúvida, portanto, de que o ato apontado como coator não se reveste de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade, já que o comportamento da Apelante, de deixar de recolher ICMS declarado e não pago por mais de 2 (dois) anos consecutivos, totalizando uma dívida de R\$ 117.617.031,08 (fls. 174), é motivo suficiente para corroborar seu enquadramento no Regime Especial de Recolhimento de ICMS “Ex-Officio”, condicionando-a, principalmente, a comprovar o recolhimento do ICMS declarado mensalmente e já vencido, para ter acesso aos talonários de notas fiscais e documentos congêneres.

Assim é que a denegação da segurança se impõe, devendo ser negado provimento ao recurso, diante da necessidade de salvaguardar o interesse público e de assegurar a arrecadação tributária, e considerando a legalidade da imposição do regime especial de recolhimento de ICMS em exame.

É o que se requer.

Termos em que,
Pede deferimento.

Ribeirão Preto, 10 de dezembro de 2010.

ANA PAULA ANDRADE BORGES DE FARIA
Procuradora do Estado
OAB/SP 154.738

Registro: 2012.0000177349

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9001531-90.2009.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante IBÉRIA INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA. sendo apelado DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LEME DE CAMPOS (Presidente) e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 23 de abril de 2012.

EVARISTO DOS SANTOS

Relator

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AC nº 9.001.531-90.2009.8.26.0506 – Ribeirão Preto – 2ª Vara da Fazenda Pública
Voto nº **25.993**

Apte. IBÉRIA INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.

Apdo. DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE RIBEIRÃO PRETO
(Proc. nº 3274/2009)

ICMS

Regime Especial de Recolhimento Cabimento:

Inexiste ilegalidade no procedimento. Medida adotada é compatível com o poder de polícia fiscal. Não há abuso na imposição ‘ex officio’ de regime especial, uma vez impossível conferir ao contribuinte o livre-arbítrio para o cumprimento de suas obrigações fiscais em casos de inadimplência contumaz. Obrigações tributárias não impedem o exercício de qualquer atividade empresarial.

Recurso não provido.

1. Trata-se de **apelação** de sentença (fls. 176/182) que denegou a ordem em **mandado de segurança** (fls. 02/21) de impetrante pretendendo não ser incluída no “Regime Especial de Recolhimento” para pagamento de ICMS.

Sustentou, em resumo, merecer reforma a r. sentença. Prática adotada pela Fiscalização é contrária ao direito. Descabida a exigência de pagamento de tributo para emissão de Notas Fiscais. Ato caracteriza verdadeira sanção política. Conduta abusiva e inconstitucional. Inexistente o motivo para instituição do Regime Especial. Fisco deve utilizar o devido processo legal para satisfação dos créditos tributários. STF já se manifestou sobre o tema no julgamento da ADIN nº 394-1. Ausente o fundamento jurídico da autoridade coatora. Inequívoca a ofensa ao art. 170 da CF. Inadmissível a cobrança de tributos por vias indiretas e inadequadas. Daí a reforma (fls. 199/212).

Respondeu-se (fls. 242/255).

Distribuiu-se por prevenção (fls. 313).

É o relatório.

2. Infundada a pretensão recursal.

Apresenta-se a impetrante como fabricante de chapas e embalagens de papelão ondulado, pleiteando a liberação dos documentos fiscais independentemente da comprovação do pagamento de tributo, bem como seja declarada a nulidade das cláusulas 4ª, 5ª e 6ª do “Regime Especial de Recolhimento de ICMS **Ex-Officio**” da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

Segundo consta, a impetrante, em razão do constante inadimplemento [não recolhimento do ICMS declarado e não pago, conforme notícia (fls. 83/87) e comprova (fls. 146/156) à FESP] e descumprimento de parcelamentos (fls. 157/162) por ela celebrados, foi notificada a regularizar sua situação fiscal e, no caso de não atendimento no prazo previsto, sua inclusão em **regime especial** de recolhimento do ICMS (fls. 169/173).

Correta a denegação da ordem.

O Regime Especial previsto pela **Portaria CAT nº 60/91** tem por finalidade evitar o aumento da inadimplência do contribuinte que sistematicamente vem deixando de recolher o imposto devido e declarado.

Medida encontra pleno **amparo legal** (art. 155, I, “b”, c.c. art. 24, I e §§ da CF/88; art. 2º, § 3º, do Convênio ICMS nº 66/88; arts. 6º, 194 e 161 do CTN; arts. 47 e 71, da Lei nº 6.374/89; arts. 479, § 1º, 553 e 554 do RICMS e Portaria CAT nº 60/91).

Incorre qualquer ilegalidade neste proceder.

Como aqui já decidido:

“... demonstra-se, nestes casos, que a única forma de o Fisco receber os valores tributáveis R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais) é exigir a antecipação do recolhimento. Cria-se

que é viável a aplicação deste regime na forma especial que foi instituído, sob pena de frustrar a exequibilidade e a exigência do pagamento do 'debitum' executando."

(...)

"Ao assujeitar-se a este regime, o estabelecimento fraudador obrigado a apurar e efetivar o 'quantum debeatur' antes da concreção efetiva do fato impositivo dá ensejo à circulação física, que fica aguardando o recolhimento do tributo."

"Doutro lado, inexistente, no caso, limitação à atividade comercial e muito menos violação à garantia à liberdade de trabalho, inserta no artigo 5º, XIII, da Constituição da República, porque o devedor contumaz, ele sim, destrói a livre concorrência apresentando-se ao mercado com valores abaixo do custo pelo fato de jamais recolher o tributo. Acresce-se, a propósito, quem não paga o tributo exigido, também não recolhe a favor do empregado as contribuições devidas."

"4. Ao impor este dever tributário especial a determinados contribuintes escolhidos pelo Fisco em razão da prática fraudulenta e dolosa de condutas e não a outros, exigindo dos maus pagadores determinados procedimentos que não são exigidos dos demais contribuintes, a Administração Fazendária não contraria o princípio da isonomia e nem o da legalidade e muito menos o da livre proteção ao trabalho, pois a lei complementar e a paulista os individualizam em razão de seu comportamento malicioso, fraudulento e eivado de dolo ou má-fé."

"5. O processo do Fisco que culmina na apuração do 'quantum debeatur' antecipado, exigindo o recolhimento do tributo, não ofende também a legalidade nem os princípios da capacidade contributiva e do não confisco."

"Nestes casos, não é possível deixar o contribuinte com o livre arbítrio para efetivar a compensação existente no ICMS, pois, mesmo sob regime especial, o sistema possibilita creditar-se do imposto pago, exercendo o direito subjetivo ao abatimento. Tal sistema não impõe qualquer sanção ao contribuinte, porque a apuração do imposto devido, que é feita no final do período de um mês, passa a ser realizada em cada operação tributada." (AC nº 704.539-5/0 v.u. j. de 05.11.07 Rel. Des. GUERRIERI REZENDE).

Confira-se, também a propósito do mesmo assunto:

"Mandado de Segurança. Tributário. ICMS. Imposição ex officio de regime especial de recolhimento do tributo. Ato justificado pela inadimplência contumaz. Contribuinte omissor ou recalitrante. Legalidade e Constitucionalidade. Arts. 155, I, "b", c/c 24, I e parágrafos da CF/88, art. 2º, § 3º do Convênio 66/88, art. 6º, 78, 194 e 161 do CTN, art. 71, da Lei 6.374/89, arts. 553 e 554 do Regulamento do ICMS e Portaria CAT nº 60, de 19.9.91. Medidas adotadas, compatíveis com o poder de polícia fiscal. Inocorrência de abusividade. Segurança denegada. Recurso improvido. (AC nº 283.902-5/0 v.u. j. de 19.02.08 Rel. Des. ALVES BEVILACQUA).

Entre outros arestos no mesmo sentido (AC nº 994.09.263681-3 v.u. j. de 01.03.10 Rel. Des. **URBANO RUIZ** e AC nº 392.675.5/3 v.u. j. de 18.08.08 de que fui Relator, dentre outros arestos no mesmo sentido).

Como bem posto no julgado:

“Portanto, ao impor o dever tributário especial a tais contribuintes, exigindo-lhes determinados procedimentos, o Fisco não contraria o princípio da legalidade e, muito menos, o da livre proteção do trabalho, pois a Lei Complementar nº 87/96 e a Lei Estadual nº 6.374/89 os individualizam em razão de seu comportamento recalcitrante de inadimplência, como é o caso da ora impetrante, conforme se verifica a fls. 83/87.”

“Ressalte-se, ainda, que a restrição imposta à impetrante (condicionar a emissão de impresos fiscais ao pagamento de ICMS devido no período anterior), se mostra razoável e não caracteriza sanção política, já que as ‘restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício da atividade econômica deve ser desproporcional e não razoável’ (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 394, citada pela própria impetrante).” (fls. 179).

Mais não é preciso acrescentar.

A r. sentença deu correta solução à demanda e é mantida, por seus fundamentos, nos termos do **art. 252 do Regimento Interno deste Eg. Tribunal de Justiça** (“Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la”), com respaldo no **Colendo Superior Tribunal de Justiça** (REsp nº 265.534-DF j. de 20.11.03 Rel. Min. **FERNANDO GONÇALVES**; REsp nº 641.963-ES j. de 08.11.05 Rel. Min. **CASTRO MEIRA** e REsp nº 662.272-RS j. de 04.09.07 Rel. Min. **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**, dentre outros arestos).

3. Nego provimento ao recurso.

EVARISTO DOS SANTOS

Relator