



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000576111

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Reexame Necessário nº 1050347-36.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SECRETÁRIO DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelado PLAY PRODUÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Reexame necessário, tido por interposto, e recurso de apelação desprovidos.V.U.

, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO E FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 15 de agosto de 2016.

Maria Laura Tavares
Relator
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 19.923

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1050347-36.2015.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO

APELANTE: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO

APELADA: PLAY PRODUÇÕES LTDA.

INTERESSADO: SECRETÁRIO DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Juíza de 1ª Instância: Anderson Suzuki

APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA - EMISSÃO DE NFS-e – Pretensão de afastar a aplicação da Instrução Normativa SF/SUREM nº 19/2011, que prevê a suspensão da autorização para emissão de notas fiscais de serviço eletrônicas para contribuintes inadimplentes – Admissibilidade - Impossibilidade de a autoridade municipal condicionar a emissão ao pagamento de débitos fazendários – A Administração Pública deve se valer de instrumentos próprios para cobrança de seu crédito - Aplicação análoga das Súmulas 70, 323 e 547 do C. STF – Precedentes do STF e deste Egrégio Tribunal – Sentença que concedeu a segurança mantida – Reexame necessário, tido por interposto, e recurso de apelação desprovidos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por PLAY PRODUÇÕES LTDA. com a alegação de que está na iminência de ser impedida de emitir notas fiscais eletrônicas de serviços, nos termos da Instrução Normativa nº 19/2011, por possuir débito de ISS. Diz que acordou diversos parcelamentos de débitos pendentes, mas que a emissão de notas fiscais, no passado, foi obstada pelo mesmo motivo, tendo receio de que a medida restrinja novamente a sua atividade.

Pede que seja concedida a segurança para assegurar à impetrante o direito de emitir as notas fiscais dos serviços que prestar, independentemente da existência de débitos tributários inadimplidos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A r. sentença de fls. 73/75 concedeu a segurança pleiteada para que o impetrado se abstenha de suspender/bloquear a emissão de NFS-e da impetrada em sua página da internet, em razão de débitos tributários. O magistrado de primeiro grau entendeu que a autoridade impetrada, ao emitir normas complementares às leis vigentes, não pode impedir a emissão de notas fiscais pelos contribuintes sob o fundamento de inadimplência, o que ofenderia o princípio constitucional do livre exercício das atividades profissionais. Sustentou que a Instrução Normativa nº 19/2011 deixa de levar em conta entendimento pacificado do STF (Súmula 547) de que é ilícita a proibição do exercício profissional do contribuinte inadimplente.

A Municipalidade de São Paulo interpôs apelação às fls. 77/81 alegando, em síntese, que a emissão de documentos fiscais pelo prestador de serviços constitui uma obrigação acessória, de modo que, ao dispensar os contribuintes inadimplentes de seu cumprimento, o ato normativo questionado não trouxe qualquer impedimento ao exercício de atividade econômica. Sustenta que referido preceito tem por objetivo prevenir o inadimplemento da obrigação tributária por meio da transferência da sujeição passiva a pessoa com menor potencial de sonegar o tributo (tomador dos serviços, em vez do prestador inadimplente por longo período).

Recurso tempestivo e isento de preparo, respondido às fls. 86/93.

Há reexame necessário (Lei 12.016/09, art. 14).

É o relatório.

A impetrante, pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços, alega que foi impedida de emitir notas fiscais eletrônicas de serviços, nos termos da Instrução Normativa nº 19/2011, por possuir débito de ISSQN. Sustenta que a suspensão da autorização para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

emissão da NFS-e não pode prevalecer, uma vez que configura meio de coerção indireta para a cobrança de tributo, além de tolher o direito da impetrante à liberdade de exercício de atividade econômica.

Em que pesem os argumentos da Municipalidade, a instrução normativa em questão, ao impedir a emissão de notas fiscais eletrônicas por contribuintes devedores de ISSQN, ofende o direito ao livre exercício do trabalho, ofício ou profissão, garantido pela Constituição Federal.

Não pode a autoridade municipal condicionar a suspensão do bloqueio de emissão das notas fiscais eletrônicas ao pagamento de débitos fazendários, situação análoga à da negativa de autorização para a impressão de documentos fiscais necessários ao regular exercício das atividades empresariais, sob pena de violação da garantia constitucional da livre iniciativa, prevista nos artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, da Constituição Federal.

A suspensão de autorização para emissão de Nota Fiscal de Serviços eletrônica de contribuinte inadimplente com o Fisco Municipal evidentemente restringe o amplo exercício da atividade empresarial. Além disso, a Lei nº 6.830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, prevê a ação de Execução Fiscal como o meio adequado para a cobrança de débitos tributários.

A Administração Pública deve valer-se de instrumentos próprios, administrativos ou judiciais, para a defesa de seus interesses, visando ao recebimento de seu crédito.

Assim, em tese, o fato de o contribuinte se encontrar inadimplente não pode servir de base para impedi-lo de emitir Nota Fiscal Eletrônica.

Neste sentido, é pacífico o entendimento do Supremo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tribunal Federal, que editou as seguintes súmulas:

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.

O C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça já reconheceu a inconstitucionalidade da Instrução Normativa SF/SUREM nº 19/2011:

INCONSTITUCIONALIDADE Controle difuso Instrução Normativa SF/SUREM nº 19/2001 (sic), expedida pelo Senhor Secretário de Finanças do Município de São Paulo Inconstitucionalidade Violação dos arts. 5º, II, XIII e LIV, e 170, § único, da Constituição Federal Violação, ainda, das Súmulas n. 70, 323 e 547 do colendo STF Acolhimento do incidente. (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0045657-77.2014.8.26.0000, Rel. Des. Silveira Paulilo, j. 27/08/2014).

Esse também é o posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO PARA EMISSÃO DE TALONÁRIO DE NOTAS FISCAIS. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS COM A FAZENDA PÚBLICA. PRINCÍPIO DO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. ARTIGO 170, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA Nº 547 DO STF.

1. O Poder Público atua com desvio de poder ao negar, ao comerciante em débito de tributos, a autorização para impressão de documentos fiscais, necessários ao livre exercício das suas atividades



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(artigo 170, parágrafo único, da Carta Magna).

2. A sanção, que por via oblíqua objetiva o pagamento de tributo, gerando a restrição ao direito de livre comércio, é coibida pelos Tribunais Superiores através de inúmeros verbetes sumulares, a saber: a) é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo (Súmula nº 70/STF); b) é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos (Súmula nº 323/STF); c) não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais (Súmula nº 547/STF); e d) é ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado (Súmula nº 127/STJ).

3. Destarte, é defeso à administração impedir ou cercear a atividade profissional do contribuinte, para compeli-lo ao pagamento de débito, uma vez que este procedimento redundaria no bloqueio de atividades lícitas, mercê de representar hipótese da autotela, medida excepcional ante o monopólio da jurisdição nas mãos do Estado-Juiz.

4. Recurso especial desprovido.

(REsp 783766, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 03.05.2007).

O mesmo entendimento é adotado por este Egrégio Tribunal de Justiça, consoante ementas abaixo transcritas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. DEFERIMENTO DA LIMINAR. TUTELA DE URGÊNCIA. REQUISITOS. Consistência jurídica da ilegalidade alegada e o risco de dano irreparável ao direito. Atendimento dos pressupostos. Imposição de sanção de bloqueio de emissão de nota fiscal eletrônica pela empresa devedora de ISS. Sanção que representa óbice ao livre exercício da atividade empresarial. Impossibilidade de criação de embaraço ou obstáculos para o exercício da atividade empresarial com vistas à obtenção do adimplemento de obrigação tributária. Não se admite o bloqueio das notas eletrônicas como forma indireta de cobrança de tributos. Aplicação das Súmulas 70, 323 e 547 do STF. Precedentes deste Tribunal de Justiça. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravado de Instrumento nº 0222595-92.2012.8.26.0000 - 9ª Câmara de Direito Público – Rel. Des. JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR – j. 17.04.2013).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MANDADO DE SEGURANÇA - DÍVIDA DE ISSQN - BLOQUEIO DA EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS - IMPOSSIBILIDADE. A inadimplência do ISSQN não autoriza o bloqueio da emissão de notas fiscais eletrônicas, para que não haja ofensa ao livre exercício da atividade econômica art. 170, parágrafo único, da CF. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação nº 0040189-41.2012.8.26.0053 - 18ª Câmara de Direito Público – Rel. Des. CARLOS GIARUSSO SANTOS – j. 11.04.2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - Suspensão da emissão de notas Fiscais de Serviços para os contribuintes inadimplentes - Instrução Normativa 19/SFSurem/2012 - Forma indireta de cobrança de tributos - Inadmissibilidade. Precedentes do C. STF (Súmulas n. 70, 323 e 547) - Fumaça do bom direito inexistente - Decisão agravada mantida. Recurso parcialmente provido, apenas para afastar a imposição de multa. (Agravo de Instrumento nº 0031591-63.2012.8.26.0000 - Rel. Des. PAULO GALIZIA - j. 02.04.2012).

REEXAME E APELAÇÃO - AÇÃO ORDINÁRIA – ISS - Município de São Paulo - Instrução Normativa nº 19/2011 da Secretaria de Finanças, que impede o devedor de ISS de emitir nota fiscal eletrônica - Ato normativo infralegal que se mostra como meio coercitivo ilícito com vistas ao pagamento de tributo, de maneira a contrariar súmulas do STF de nºs 70, 323 e 547 RECURSOS IMPROVIDOS. (Apelação nº 0002843-56.2012.8.26.0053 - 15ª Câmara de Direito Público - Rel. Des. RODRIGUES DE AGUIAR - j. 18.10.2012).

“Mandado de Segurança. Emissão de nota fiscal eletrônica suspensa para contribuintes inadimplentes. Instrução Normativa SF/SUREM 19/2011. Inadmissibilidade. O ato caracteriza sanção como forma de coagir o contribuinte a pagar débitos fiscais. De outra banda, a Fazenda Pública dispõe de meios próprios para a cobrança de seus créditos. Sentença denegatória. Recurso provido.” (Apelação nº 0001436-15.2012.8.26.0053 - 7ª Câmara de Direito Público – Rel. Des. GUERRIERI REZENDE – j. 04.03.2013).

Esta C. 5ª Câmara de Direito Público também já se manifestou a respeito da matéria:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“APELAÇÃO - Nota fiscal eletrônica - Vedação à emissão por contribuinte inadimplente - Impossibilidade - Restrições que desencadeiam óbices ao regular funcionamento das atividades empresariais - Precedentes desta Corte - Sentença mantida nos termos do artigo 252 do Regimento Interno desta Eg. Corte - Apelação não provida - Reexame necessário não provido”. (Apelação Cível nº 0004071-66.2012.8.26.0053 – Rel. Des. Fermino Magnani Filho – j. 04.03.2013).

“DIREITO TRIBUTÁRIO. NOTA FISCAL ELETRÔNICA. COBRANÇA INDIRECTA. Pretensão do autor a concessão da segurança para afastar a aplicação da Instrução Normativa Municipal SF/SUREM n.º 19/2011 que impede que contribuintes inadimplentes emitam notas fiscais eletrônicas. Inadmissibilidade. Cobrança indireta de tributos, suprimindo do contribuinte o direito de ação de discutir a legalidade da exação. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso provido.” (Apelação nº 0049528-24.2012.8.26.0053 – Rel. Des. Nogueira Diefenthaler – j. 24/03/2014).

“APELAÇÃO EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER? 1. Instrução Normativa n.º 19 SF/SUREM- determinação da suspensão da emissão de notas fiscais- contribuinte inadimplente - ilegalidade- caracterização de meio coativo para cobrar tributos- ofensa ao princípio da legalidade-2. Dano moral e lucros cessantes não comprovados- inteligência do artigo 333, I do Código de Processo Civil- recurso parcialmente provido” (Apelação nº 0037376-41.2012.8.26.0053 – Rel. Des. Marcelo Berthe – j. 13/01/2014).

“RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO MANDADO DE SEGURANÇA - EMISSÃO DE NOTA FISCAL ELETRÔNICA BLOQUEIO PENDÊNCIA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO IMPOSSIBILIDADE. 1. O bloqueio de emissão de nota fiscal ante o inadimplemento tributário constitui indevido meio coercitivo de cobrança. 2. Circunstância que caracteriza cerceamento da atividade empresarial. 3. Ordem impetrada concedida para o restabelecimento da regular emissão, indispensável na gestão comercial. 4. Incidência das Súmulas n.ºs 70, 323 e 547 do E. STF. 5. Mandado de segurança julgado procedente, com a concessão da ordem impetrada. 6. Sentença mantida. 7. Recursos oficial e de apelação desprovido” (Apelação nº 0038718-87.2012.8.26.0053 – Rel. Des. Francisco Bianco – j. 16/12/2013)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Dessa forma, merece ser mantida a r. sentença, que deu a melhor solução ao feito, uma vez que a Instrução Normativa SF/SUREM nº 19 de 16.12.2011, ao impedir a emissão de notas fiscais eletrônicas por contribuintes devedores de ISSQN, ofende o direito ao livre exercício do trabalho, ofício ou profissão, garantido pela Constituição Federal.

Anote-se, por fim, que é irrelevante o argumento deduzido pela Municipalidade de São Paulo de que a medida tem por objetivo prevenir o inadimplemento da obrigação tributária por meio da transferência da sujeição passiva a pessoa com menor potencial de sonegar o tributo, já que referida medida não tem o condão de afastar a inconstitucionalidade mencionada e não tem o condão de infirmar a conclusão aqui adotada.

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento ao reexame necessário e ao recurso interposto pela Municipalidade de São Paulo.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, devendo ser manifestada a discordância quanto a essa forma de julgamento no momento da interposição.

Maria Laura de Assis Moura Tavares

Relatora