



Registro: 2016.0000045266

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001415-44.2015.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante COMÉRCIO DE FERRO E AÇO COTUVEL LTDA., é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), OSWALDO LUIZ PALU E MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2016.

Décio Notarangeli
RELATOR
Assinatura Eletrônica



VOTO Nº 21.007

APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 0001415-44.2015.8.26.0664 – VOTUPORANGA

APELANTE: COMÉRCIO DE FERRO E AÇO COTUVEL LTDA.

APELADA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Juiz de 1ª Instância: Sergio Martins Barbatto Júnior

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – SUSTAÇÃO DE PROTESTO – CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – MEDIDA DESNECESSÁRIA – PROPÓSITO DE CONSTRANGER O DEVEDOR AO PAGAMENTO DA DÍVIDA – SANÇÃO POLÍTICA – INADMISSIBILIDADE.

Protesto de certidão de dívida ativa da Fazenda Pública. Medida desnecessária e abusiva. Ofensa ao princípio da legalidade, ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Sanção de natureza política. Propósito de constranger o devedor a recolher o tributo à margem da execução fiscal e das garantias processuais asseguradas ao devedor. Sentença reformada. Recurso provido, em parte.

A r. sentença de fls. 138, cujo relatório se adota, julgou improcedente pedido de cancelamento do protesto de Certidão de Dívida Ativa, bem como de condenação no pagamento de indenização por danos morais.

Inconformada apela a vencida objetivando a reforma do julgado. Para tanto, alega, em síntese, que o protesto da CDA é desnecessário e tem função unicamente coercitiva, já que a Fazenda do Estado dispõe de meio próprio para a satisfação do crédito tributário. Sustenta ainda a inconstitucionalidade da Lei nº 12.767/12.

Recurso recebido e processado, com contrarrazões.

É o relatório.



Conformando-se a autora com a improcedência do pedido de indenização por danos morais, o recurso devolve ao Tribunal a inconstitucionalidade e ilegalidade do protesto da CDA, fundamento do pedido de cancelamento do protesto.

No entendimento da ilustrada maioria do E. Órgão Especial, de que guardo profunda reserva, inexistente inconstitucionalidade formal por ofensa ao processo legislativo (artigos 59 e 62 CF) no art. 25 da Lei nº 12.767/12, que deu nova redação ao art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.492/97, para incluir entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa das Fazendas Públicas (Incidente de Inconstitucionalidade nº 0007169-19.2015.8.26.0000).

Superada essa discussão, passa-se ao exame da legalidade do protesto. Nesse particular, ressalvada a convicção do digno juiz prolator da r. sentença atacada, assiste razão à apelante.

Com efeito, a admissibilidade do protesto de certidão de dívida ativa da Fazenda Pública, por injunção do art. 25 da Lei nº 12.767/12, ou pela singela consideração de que se trata de documento representativo de dívida líquida, certa e exigível, é medida que se mostra, *data maxima venia*, equivocada, pois resultante de interpretação literal e isolada da lei, quando o correto seria interpretá-la de acordo com o método sistemático que leva em conta suas relações e sua compatibilidade com o sistema jurídico no qual se acha inserida.

"O processo sistemático, resume Carlos Maximiliano, consiste 'em comparar o dispositivo sujeito à exegese com outros do mesmo repertório ou de lei diversas, mas referentes ao mesmo objeto'. 'Por uma



norma se conhece o espírito das outras'. 'Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as consequentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma' (XXVI, pág. 164). Cada preceito, assim, é parte de um grande todo unitário, razão pela qual somente o exame do conjunto é que poderá trazer luz para a norma examinada, diante de um caso específico" (BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, Compêndio de Direito Tributário, Forense, 1984, pág. 463).

E o que é o protesto? Protesto, na definição legal, "é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida" (art. 1º da Lei nº 9.492/97). Segundo FÁBIO ULHOA COELHO, "protesto é o ato praticado pelo credor, perante o competente cartório, para fins de incorporar ao título de crédito a prova de fato relevante para as relações cambiais, como, por exemplo, a falta de aceite ou de pagamento da letra de câmbio" (Curso de Direito Comercial, Volume 1, Saraiva, 2003, pág. 423).

Diz-se *necessário* o protesto aquele que "deve ser providenciado dentro do prazo, para fins de conservação do direito creditício contra os co-devedores (sacador e endossantes) e respectivos avalistas". No protesto *facultativo*, "dá relevo ao fato de que a cobrança judicial do devedor principal (aceitante) e respectivo avalista *independe* de protesto" (ob. cit. pág. 424).

Basta isso para demonstrar que a Fazenda Pública não tem necessidade do protesto da certidão de dívida ativa. E não tem porque, contrariamente ao credor privado, a Fazenda Pública prescinde do protesto para se voltar contra codevedores ou responsáveis, haja vista a existência de mecanismos próprios previstos na lei tributária (art. 128 CTN). E mais, a dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída (art. 204 CTN), o que dispensa a Administração de demonstrar a



impontualidade e o inadimplemento do devedor. A propósito, esse o entendimento há muito assentado na jurisprudência, inclusive do Colendo STJ (AgRg no REsp nº 1.120.673-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16/12/10, DJe 21/02/11).

Esse cenário, porém, foi alterado em 03 de dezembro de 2013, quando do julgamento pela Segunda Turma do STJ do Recurso Especial nº 1.126.515-PR, de que foi relator o Min. Herman Benjamin. Decidiu-se na oportunidade superar a jurisprudência da Corte e reconhecer a admissibilidade do protesto de certidão de dívida ativa das Fazendas Públicas. Todavia, em que pese os doutos fundamentos invocados no precedente, permaneço fiel à jurisprudência anteriormente consolidada naquela E. Corte.

Não bastasse a diversidade dos créditos público e privado e o protesto historicamente se caracterizar como instituto ligado aos títulos cambiais, razões de índole constitucional e tributária desautorizam o protesto das certidões de dívida ativa das Fazendas Públicas.

Como cediço a administração pública está adstrita aos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. "A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*)", ensina HELY LOPES MEIRELLES, "significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos".



Na sequência, conclui o saudoso mestre: "Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'" (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 32ª edição, pág. 87).

A obrigação tributária é *ex lege*, compulsória e sua exigência se dá mediante atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3º CTN) e indelegável (art. 7º CTN). A interpretação contextual cabível é a da norma jurídica questionada com a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional. E nesse contexto é intuitivo que a lei ordinária não pode, à evidência, se sobrepor ao CTN, que tem *status* de lei complementar, autorizando o protesto de CDA e com isso criando uma forma alternativa para cobrança da dívida ativa das Fazendas Públicas.

O protesto da certidão de dívida ativa das Fazendas Públicas é medida que não tem respaldo na ordem constitucional e na legislação tributária. "Para a cobrança da dívida pública", ensina BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, "a Fazenda Pública dispõe de duas vias ou caminhos: a via amigável e a judicial. Aquela, processada diante dos órgãos administrativos não judiciários; esta, perante as autoridades judiciárias" (ob. cit. pág. 797).

Note-se que não se trata, com a devida vênia, de substituir a Administração na escolha das políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública. Trata-se isso sim de fazer valer em sua plenitude o controle de legalidade sobre os atos da Administração, como fruto do princípio da proteção judiciária ou princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), uma das mais belas e vigorosas armas contra o arbítrio do Estado.



Não se ignora que o protesto é um poderoso instrumento no convencimento do devedor à satisfação do crédito tributário. Assim como a arma na mão do marginal, que reduz ou aniquila a resistência da vítima, também o protesto subjuga os contribuintes, retirando-lhes “o direito de impugnar a legitimidade dos débitos fiscais, quando convocados, pelos meios regulares, a satisfazê-los” (STF - RMS 9.698-GB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Henrique D’Avila, j. 11/07/62, DJU 05/11/62).

Tão mais grave a atitude intimidatória quando se sabe que a Certidão de Dívida Ativa é título executivo constituído unilateralmente pelo credor. Daí porque o Supremo Tribunal Federal, repetida e inequivocamente, repele as iniciativas da Administração Tributária de constranger o sujeito passivo da relação jurídica tributária a satisfazer o crédito tributário à margem do processo executivo fiscal. Como ficou consignado no julgamento do RE nº 591.033/SP “no sistema brasileiro (...) a fase de cobrança extrajudicial restringe-se à notificação do contribuinte para que pague voluntariamente seu débito” (Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 17/11/10).

A propósito, confira-se fragmento da decisão proferida pelo ilustre Ministro do STF Celso de Mello, de notável pertinência ao caso vertente:

“Suscitou-se, na causa de que se originou o presente agravo de instrumento, controvérsia impregnada do mais alto relevo jurídico. Refiro-me à discussão em torno da possibilidade constitucional de o Poder Público impor restrições, ainda que fundadas em lei, destinadas a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo e que culminam, quase sempre, em decorrência do caráter gravoso e indireto da coerção utilizada pelo Estado, por inviabilizar o exercício, pela empresa devedora, de atividade econômica lícita.

No caso ora em análise, põe-se em destaque o exame da legitimidade constitucional de exigência estatal que erigiu a prévia satisfação de débito tributário em requisito necessário à outorga, pelo Poder Público, de autorização



para a impressão de documentos fiscais. Cabe acentuar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, tendo presentes os postulados constitucionais que asseguram a livre prática de atividades econômicas lícitas (CF, art. 170, parágrafo único), de um lado, e a liberdade de exercício profissional (CF, art. 5º, XIII), de outro – e considerando, ainda, que o Poder Público dispõe de meios legítimos que lhe permitem tornar efetivos os créditos tributários –, firmou orientação jurisprudencial, hoje consubstanciada em enunciados sumulares (Súmulas 70, 323 e 547), no sentido de que a imposição, pela autoridade fiscal, de restrições de índole punitiva, quando motivada tal limitação pela mera inadimplência do contribuinte, revela-se contrária às liberdades públicas ora referidas (RTJ 125/395, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI). Esse entendimento – cumpre enfatizar – tem sido observado em sucessivos julgamentos proferidos por esta Suprema Corte, quer sob a égide do anterior regime constitucional, quer em face da vigente Constituição da República (RTJ 33/99, Rel. Min. EVANDRO LINS - RTJ 45/859, Rel. Min. THOMPSON FLORES - RTJ 47/327, Rel. Min. ADAUCTO CARDOSO - RTJ 73/821, Rel. Min. LEITÃO DE ABREU - RTJ 100/1091, Rel. Min. DJACI FALCÃO - RTJ 111/1307, Rel. Min. MOREIRA ALVES - RTJ 115/1439, Rel. Min. OSCAR CORREA - RTJ 138/847, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RTJ 177/961, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RE 111.042/SP, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, v.g.):

'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.' (RE 216.983-AgR/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - grifei)

É certo – consoante adverte a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal – que não se reveste de natureza absoluta a liberdade de atividade empresarial, econômica ou profissional, eis que inexitem, em nosso sistema jurídico, direitos e garantias impregnados de caráter absoluto:

'OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.' (RTJ 173/807-808, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

A circunstância de não se revelarem absolutos os direitos e garantias individuais proclamados no texto constitucional não significa que a Administração Tributária



possa frustrar o exercício da atividade empresarial ou profissional do contribuinte, impondo-lhe exigências gravosas, que, não obstante as prerrogativas extraordinárias que (já) garantem o crédito tributário, visem, em última análise, a constranger o devedor a satisfazer débitos fiscais que sobre ele incidam.

O fato irrecusável, nesta matéria, como já evidenciado pela própria jurisprudência desta Suprema Corte, é que o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de acertamento da relação tributária, para, em função deles - e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional - constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso. Esse comportamento estatal - porque arbitrário e inadmissível - também tem sido igualmente censurado por autorizado magistério doutrinário (HUGO DE BRITO MACHADO, 'Sanções Políticas no Direito Tributário', *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 30, p. 46/47):

'Em Direito Tributário a expressão sanções políticas corresponde a restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento do tributo, tais como a interdição do estabelecimento, a apreensão de mercadorias, o regime especial de fiscalização, entre outras. Qualquer que seja a restrição que implique cerceamento da liberdade de exercer atividade lícita é inconstitucional, porque contraria o disposto nos artigos 5º, inciso XIII, e 170, parágrafo único, do Estatuto Maior do País. [...]. São exemplos mais comuns de sanções políticas a apreensão de mercadorias sem que a presença física destas seja necessária para a comprovação do que o fisco aponta como ilícito; o denominado regime especial de fiscalização; a recusa de autorização para imprimir notas fiscais; a inscrição em cadastro de inadimplentes com as restrições daí decorrentes; a recusa de certidão negativa de débito quando não existe lançamento consumado contra o contribuinte; a suspensão e até o cancelamento da inscrição do contribuinte no respectivo cadastro, entre muitos outros. Todas essas práticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões, porque: a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo art. 170, parágrafo único, da vigente Constituição Federal; e b) configuram cobrança sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade que a este impõe a restrição não é a autoridade competente para apreciar se a exigência é ou não legal'" (Agravo de Instrumento n° 579.452/RS j. 02/05/06).

Na mesma linha voto do eminente Ministro Joaquim

Barbosa:

"O Supremo Tribunal Federal possui uma venerável linha de precedentes que considera inválidas as sanções políticas. Entende-se por sanção política as restrições não-razoáveis ou desproporcionais ao exercício de atividade econômica ou profissional lícita, utilizadas como forma de indução ou coação ao pagamento de tributos.

Como se depreende do perfil apresentado e da jurisprudência da Corte, as



sanções políticas não se limitam a um único semblante, mas podem assumir uma série de formatos. A interdição de estabelecimento e a proibição total do exercício de atividade profissional são apenas os exemplos mais conspícuos.

Um dos motivos determinantes da orientação firmada pela Corte consiste no risco posto pelas sanções políticas ao exercício do direito fundamental ao controle administrativo ou judicial da validade dos créditos tributários (...)

Pondero que o acesso aos mecanismos que consubstanciam o devido processo legal é o direito fundamental mais susceptível de ser amesquinhado pela aplicação de uma sanção política.

A sanção política coloca desafios de duas ordens ao controle da restrição. A primeira ordem de desafios refere-se ao controle da validade da própria restrição. Como as restrições ao exercício profissional e à atividade econômica podem comprometer a própria existência da empresa ou o desempenho empresarial, a sanção política pode por um fim abrupto ao processo administrativo ou judicial de controle da validade da própria sanção política. Não é difícil conceber que uma empresa, acossada pelo risco de fechamento, opte por se submeter à exigência que asseguraria seu funcionamento, dado o caráter capital da pena aplicada.

Ademais, ainda que o contribuinte opte por insistir no exame da validade da norma que fundamentou o fechamento de seu estabelecimento, é inequívoco que a interrupção das atividades econômicas coloca um óbice pragmático relevante à manutenção do processo administrativo ou judicial que tenha por objetivo examinar a validade da sanção.

Na segunda ordem de desafios, a sanção política desestimula, pelo mesmo modo, o controle da validade da constituição de créditos tributários. A interdição de estabelecimento ou a submissão do contribuinte a regime mais gravoso de apuração tributária pode impedir a discussão administrativa ou judicial sobre matéria tributária, pois é incontestável que uma empresa fechada terá menos recursos para manter um processo administrativo ou judicial.

Dito de outro modo, a sanção política viola o direito de acesso ao Estado, seja no exercício de suas funções Administrativa ou Judicial, para que ele examine tanto a aplicação da penalidade como a validade de tributo.

A sanção política também viola o devido processo legal substantivo na medida em que implica o abandono dos mecanismos previstos no sistema jurídico para apuração e cobrança de créditos tributários (e.g., ação de execução fiscal), em favor de instrumentos oblíquos de coação e indução.

(...)

Em suma, a Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do substantive *due process of law* (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se dispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que

culmina na restrição" (RE nº 550.769, Tribunal Pleno, j. 22/05/13).



Em suma, considerar o protesto da CDA como “modalidade alternativa para cobrança de dívida”, *data maxima venia*, é atentar contra o princípio da legalidade a que se acha adstrita a Administração (art. 37, *caput*, CF). O protesto nesse caso não tem qualquer finalidade senão constranger o devedor a recolher o tributo à margem do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), com ofensa ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, CF), numa reedição de práticas historicamente repudiadas pelo STF. Caracterizada, portanto, a relevância da fundamentação invocada.

Por essas razões, dá-se provimento ao recurso, reforma-se a r. sentença apelada e julga-se procedente, em parte, a pretensão inicial para anular o protesto da Certidão de Dívida Ativa representado pelo documento de fls. 35 determinando o seu cancelamento. Diante da sucumbência recíproca, custas *pro rata* e honorários compensados.

DÉCIO NOTARANGELI

Relator