

José Luiz Toro da Silva
Vânia de Araújo Lima Toro da Silva
Edy Gonçalves Pereira
Emerson Moisés Dantas de Medeiros
João Roberto Camargo da Silva Jr
Paulo de Oliveira Pereira
Paulo Sergio Biamino
Sérgio Roberto Pereira Cardoso Filho
Vanessa Bitencourt Queiroz

Ciro Nunes Fraga Neto
Jean Augusto da Silva Brito
Patrícia dos Santos
Pedro Henrique Tavares dos Santos
Rizla Cordeiro dos Santos

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA _____
VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO.

0001598-10.2012.8.26.0053 16012 1713 55

SAÚDE MEDICOL S/A., pessoa jurídica de direito privado, com sede na Avenida Leonardo da Vinci, n.º 1.202, Vila Guarani, São Paulo – Capital, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 02.926.892/0001-81, por seus advogados que a presente subscrevem, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, impetrar o presente **MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR, INALDITA ALTERA PARS**, contra ato coativo praticado pelo **Sr. Diretor do Departamento de Rendas Mobiliárias da Secretaria de Finanças do Município de São Paulo**, com endereço no Viaduto do Chá, 15 – 12º. Andar, São Paulo, Capital, o que faz com base no artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal de 1988, combinado com o artigo 1º e seguintes da Lei n.º 12.016/09, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

I - DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

O Mandado de Segurança por ser uma medida democrática e um dos direitos fundamentais do cidadão, encontra-se incorporado ao texto da Constituição Federal do Brasil de 1.988, em seu artigo 5º, LXIX, *in verbis*:

São Paulo
R. Santa Luzia, nº48 – Cj 111/118 – 11ºandar
Liberdade – São Paulo – Cep: 01513-030
Fone / Fax: (0xx11) 2181-5700

“Art. 5ª (...)

LXIX – conceder-se-á Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

Não obstante, a impetrante encontra-se amparada ainda pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1.988, *in verbis*:

“Art. 5º. (...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.” (grifos nossos)

No que tange ao procedimento do *writ*, vislumbra-se no ordenamento jurídico pátrio lei especial que o regula, como a Lei n.º 12.016/09, servindo como instrumento norteador do referido *mandamus*, a saber:

“Art. 1º. Conceder-se-á Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou haver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for ou sejam quais foram as funções que exerça.”

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ao abordar o mandado de segurança é elucidativo:

A garantia constitucional do mandado de segurança de há muito perdeu seu caráter de excepcionalidade, de "remédio heróico", para incorporar-se atualmente no rol das ações de costumeira utilização dos atos do Poder Público, em rito sumário e permissivo de pronta definição

dos direitos ou interesses cuja violação for argüida. Não vejo motivo para seguir longos caminhos se a estrada larga se apresenta, de logo, às partes e ao judiciário, dando azo à prestação jurisdicional satisfativa, breve e eficaz" (Revista de Jurisprudência do T.J. do RS, 118/232).

Imperioso mencionar que o presente mandado de segurança visa combater a instrução normativa e o ato coator praticado Diretor do Departamento de Rendas Mobiliárias da Secretaria de Finanças do Município de São Paulo, que realizou ato administrativo ilegal.

II - DOS FATOS

A impetrante é pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público de saúde na modalidade de saúde suplementar, devidamente constituída e registrada, que tem por objeto social a prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado.

A sua atividade-fim é a garantia de assistência à saúde médica, hospitalar e odontológica aos seus associados através dos atendimentos de profissionais de saúde integrantes da rede credenciada, contratada ou referenciada, regulada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Ademais, por se tratar de uma pessoa jurídica de direito privado, ela exerce também atividades empresariais necessárias a atender a sua atividade-fim, como o recolhimento de tributos, por exemplo.

Assim, no dia 02 de janeiro de 2012, a impetrante, ao executar umas de suas atividades empresariais, qual seja, acessar o sítio da municipalidade com o objetivo de enviar o lote de Recibo Provisório de Serviços – RPS, a fim de que fosse emitida a nota fiscal pelos serviços prestados, foi impedida de enviá-los pelo próprio *síte* da prefeitura municipal.

O fundamento da negativa do envio do lote do RPS foi o de que há notas fiscais não quitadas incluídas em guias de recolhimento e era

necessário o pagamento desses valores para que a impetrante pudesse enviar o RPS a fim de emitir as Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e, como se verifica a seguir:

"<https://nfe.prefeitura.sp.gov.br/contribuinte/ParcelamentoGuias.aspx>, constatou a seguinte mensagem: "há notas fiscais não quitadas incluídas em guias de recolhimento. Para parcelar o ISS dessas notas fiscais, utilize o link para cancelar as guias não quitadas". (documento anexo)"

Esse ato coator tem como base a instrução normativa SF/SUREM n.º 19, de 16 de dezembro de 2011, publicada no DOC em 17 de dezembro de 2011 que resolve, dentre as suas determinações, no seu artigo 1º que a emissão da Nota Fiscal de Serviços Eletrônicos – NFS-e terá a autorização suspensa quando o contribuinte estiver inadimplente em relação ao recolhimento do ISS – Imposto sobre Serviços.

A delimitação de inadimplente se dá no artigo 2º. da Instrução Normativa SF/SUREM n.º. 19, dispõe:

Art. 2º. Para fins de suspensão da autorização da emissão da NFS-E de que trata o artigo 1º., considera-se inadimplente em relação ao recolhimento do ISS o contribuinte, pessoa jurídica domiciliada no Município de São Paulo, que alternativamente:

I – deixar de recolher o ISS devido por 4 (quatro) meses de incidência consecutivos;

II – deixar de recolher o ISS devido por 6 (seis) meses de incidência alternados dentro de um período de 12 (doze) meses.

Imperioso salientar que o RPS é único documento hábil por emitentes da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) a ser utilizado pelos prestadores sujeitos à emissão de grande quantidade de notas fiscais.

Assim, no intuito de solucionar a pendência, no dia seguinte a impetrante compareceu perante a unidade de atendimento da municipalidade. Lá foi informada que deveria proceder por intermédio do Portal de Adesão ao PAT (Parcelamento Administrativo de Débitos Tributários) a inserção dos débitos existentes perante o fisco municipal, porque a Instrução Normativa SF/SUREM nº. 19, de 16 de dezembro de 2011, fixou a suspensão da autorização para emissão da Nota Fiscal Eletrônica de Serviços – NFS-e para os contribuintes inadimplentes.

Importante salientar que a impetrante assume a existência de débitos perante a municipalidade, mas eles referem-se apenas aos meses de dezembro/2010, janeiro/2011 e no período de julho/2011 a dezembro/2011.

Dessa forma, mesmo diante de débitos tributários em aberto perante o fisco municipal, a impetrante na medida de suas possibilidades financeiras, vem, pouco a pouco, adimplindo-os.

Todavia, ela foi surpreendida com essa nova obrigação acessória que inviabilizou o exercício de sua atividade-meio, condicionando o exercício dela através do parcelamento dos tributos em aberto.

Como dito alhures, a impetrante exerce atividade empresarial cujo objeto tem por finalidade a prestação de serviços de assistência a saúde, sendo que sua atividade está atrelada a emissão da nota fiscal eletrônica, e, para obter receita, a impetrante depende exclusivamente da emissão da nota fiscal eletrônica, assim, a suspensão da autorização desse procedimento traz diversos prejuízos financeiros, bem como impede o pleno exercício da atividade empresarial.

III - DO DIREITO

O fundamento jurídico principal para a ocorrência do fato coator, qual seja, a instrução normativa SF/SUREM n.º 19, de 16 de dezembro de 2011 é ilegal.

A referida norma jurídica, expedida pelo Secretário Municipal da Prefeitura Municipal do São Paulo imputa suspensão da autorização da emissão da NF-e na ocorrência de inadimplência do recolhimento do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISS.

Ela não se trata meramente de uma obrigação acessória, mas sim do exercício do poder de polícia pelo Poder da Administração, que deve preceder de lei, como determina o art. 78 do CTN

No caso sub-examine, a Impetrante tem a sua atividade-meio cerceada por uma condição imposta numa instrução normativa, haja vista que ela não pode emitir a Nota Fiscal Eletrônica, desse modo, ao deixar de emití-la, descumpre os deveres formais da administração tributária, estabelecidos no art. 113 do CTN.

Importante salientar que a NF-e tem a função de documentar, para fins fiscais, a operação que foi realizada, ou seja, ela tem como objetivo documentar o fato gerador do tributo.

Assim sendo, diante da inviabilidade de fornecer a NF-e, a impetrante não conseguirá cumprir as obrigações acessórias concernentes aos novos fatos geradores do tributo ISS que irão ocorrer após janeiro de 2012.

A Constituição Federal, através do artigo 146, III, "b", estabelece que obrigações tributárias, lançamento, crédito e prescrição são estabelecidos através de normas gerais por meio de norma complementar, *in verbis*:

"Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;"

Também é a lei complementar que institui o ISS – Impostos sobre serviços, como é imposto pela CRFB através do seu artigo 156, III:

"Art. 156. Compete aos Municípios instituir imposto sobre:

III – serviço de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar;”

Dessa forma, caberia a lei complementar municipal determinar obrigações em relação ao lançamento do ISS e não a instrução normativa cercear a emissão da NF-e para fins de surgir o fato gerador do referido tributo.

O artigo 96, *in verbis*, do Código Tributário Nacional, estabelece as fontes formais do direito tributário, sob o rótulo de “legislação tributária”. Nas palavras de Eduardo Sabbag, restringem-se à dogmática do Direito, podendo ser “primárias” ou “secundárias”. As fontes formais primárias são decretos, tratados ou convenções e leis (sentido amplo). Por sua vez, as fontes formais secundárias são as intituladas “normas complementares”.

Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Com efeito, o artigo 100 do CTN dispõe acerca das fontes formais secundárias, a saber:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de

penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Nesse sentido, as fontes formais secundárias materializam-se em instrumentos normativos menores, de cunho instrumental e operacional, que cuidam de explicitar e não de “inovar” o Direito Tributário.

O ato coator expedido pela autoridade administrativa ao estabelecer a suspensão da autorização ao cumprimento da obrigação acessória inovou a Lei 13.701/03.

Os atos normativos expedidos pela autoridade administrativa, devem ter o escopo propiciar a correta aplicação da lei. Tem por finalidade conferir orientação universal aos contribuintes, esclarecendo-lhes dúvidas. Na lição de Eduardo Sabbag “o objetivo vem ao encontro da idéia de uniformizar os procedimentos adotados, em nome do princípio da impessoalidade” (art. 37 da CF).

É assente a doutrina:

“Atos administrativos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os decretos regulamentares e os regimentos, bem como as resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral.” (Hely Lopes Meireles, Direito Administrativo Brasileiro, RT, 14ª. edição, 1989, p. 154).

O Código Tributário Nacional dispõe que o tributo há de ser cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada, significa dizer que a autoridade administrativa não pode preencher com seu juízo de valor, de

forma subjetiva, eventual situação de indeterminação da norma, buscando realizar em cada caso a finalidade da lei.

Na obra emérito professor Hugo de Brito Machado, *"a lei deve ser minudente, prefigurando com rigor e objetividade os pressupostos para a prática dos atos e o conteúdo que esteve deve ter. Deve descrever o fato gerador da obrigação tributária, a base de cálculo, a alíquota, o prazo para pagamento, os sujeitos da relação tributária e tudo mais. Nada fica a critério da autoridade administrativa, em cada caso."* (gn)¹

É ilegítima a restrição imputada por Instrução Normativa ao suspender a emissão da nota fiscal eletrônica aqueles contribuintes inadimplentes perante o fisco municipal. A análise do texto não deixa dúvidas quanto a ilegalidade da conduta do órgão fazendário em impedir o cumprimento da obrigação acessória. Neste contexto, não poderia a Secretaria Municipal de Finanças, por meio de ato infra-legal, criar uma hipótese à impedir a emissão das notas fiscais eletrônicas, em manifesta violação ao princípio da estrita legalidade, pedra de toque do sistema tributário nacional.

Ora, a Secretaria Municipal de Finanças é órgão vinculado ao Poder Executivo, e não tem competência legislativa para criar ou restringir direitos. A expressão "legislação tributária" que consta do art. 96 do CTN, não atribuiu dignidade de lei a atos normativos baixados pelo Poder Executivo. Os atos baixados pelos chefes do executivo, bem como as instruções normativas, que são atos de segundo escalão da máquina governamental municipal, subordinados à lei. Se apresentarem *contra legem* ou *ultra legem*, serão ilegais.

No mesmo sentido, aliás, tradicional o entendimento do STF:

"... As instruções normativas, editadas por órgão competente da administração tributária, constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja

¹ Machado. Hugo de Brito, em Comentários ao Código Tributário Nacional, vol. 1, coord. Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Saraiva, 1998, p. 29.

validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis, tratados, convenções, ou decretos presidenciais, de que devem constituir normas complementares. Essas instruções nada mais são, em sua configuração jurídico-formal, do que provimentos executivos cuja normatividade está diretamente subordinada aos atos de natureza primária, como as leis e as medidas provisórias, a que se vinculam por um claro nexo de acessoriedade e de dependência. Se a instrução normativa, editada com fundamento no art. 100, I do CTN, vem a positivar em seu texto, em decorrência de má interpretação de lei ou medida provisória, uma exegese que possa romper a hierarquia normativa que deve manter com estes atos primários, viciar-se-á de ilegalidade (...)" (STF, Plenário, AGRADI 365/DF, rel. Min. Celso Mello, nov./1990).

Os atos normativos quando dirigidos pelo superior hierárquico aos seus subordinados não lhes não resta alternativa senão obedecê-los, já que, afinal, são ordens sujeitas ao princípio hierárquico. O contribuinte, entretanto, não está subordinado às autoridades administrativas, tendo sua obrigação oriunda da lei.

Assim sendo, esse ato coator possui nulidade formal na sua competência porque não foi instituído pelo Poder competente, qual seja, o Poder Legislativo, mas sim o Poder Executivo não devendo os seus efeitos serem alcançados pelo contribuinte .

Ademais, essa instrução normativa corresponde à interdição do estabelecimento do devedor, proibindo o exercício de suas atividades, violando os preceitos constitucionais estancados no artigo 170 e parágrafo único, da Carta Magna, 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:

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.

As disposições contidas na norma ferem os princípios constitucionais da livre iniciativa, razoabilidade, proporcionalidade e isonomia. A vinculação de atos relativos à condução da atividade empresarial à prévia obrigação acessória caracteriza “sanção política”, por conseguinte, essa prática não se coaduna com entendimento que vem se consolidando no STF, no sentido de proibir sanções políticas que, em seus dizeres, são normas que condicionam a prática de atos da vida civil e empresarial à quitação de créditos tributários.

Importante ressaltar que o fisco tem meios próprios de cobrança e não pode ser valer de formas enviesadas em nome da efetividade da arrecadação tributária.

A negativa de autorização a impetrante a emitir a nota fiscal impede a efetiva realização de serviços, e com base nesse fato, efetivar o próprio pagamento do tributo, o que constitui grave ofensa a direito líquido e certo da impetrante.

Embora haja débitos perante a municipalidade, o ordenamento jurídico estabelece remédio jurídico eficaz para sua exigência, qual seja, a própria Lei 6.830/80 prevê o processo de execução fiscal. Desse modo, não pode a Municipalidade, na pessoa da autoridade administrativa coatora, compelir a impetrante a adimplir o pagamento de seu débito por outros meios, se não aqueles expressamente previstos no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, é entendimento da Suprema Corte:

“Tributário. Inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica. Impossibilidade de aplicação de restrições para compelir o contribuinte

inadimplente a pagar o tributo devido.” (AI 677.242-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13-10-2009, Primeira Turma, DJE de 13-11-2009.) Vide: RE 496.893-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-3-2007, Primeira Turma, DJ de 20-4-2007.

A questão já foi objeto da ADI nº 173/DF, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que declarou inconstitucionais o artigo 1º, I, III e IV da Lei 7.711/88 e, por arrastamento os parágrafos 1º a 3º e do art. 2º do mesmo texto legal, com a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. DIREITO DE PETIÇÃO. TRIBUTÁRIO E POLÍTICA FISCAL. REGULARIDADE FISCAL. NORMAS QUE CONDICIONAM A PRÁTICA DE ATOS DA VIDA CIVIL E EMPRESARIAL À QUITAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. CARACTERIZAÇÃO ESPECÍFICA COMO SANÇÃO POLÍTICA. AÇÃO CONHECIDA QUANTO À LEI FEDERAL 7.711/1988, ART. 1º, I, III E IV, PAR. 1º A 3º, E ART. 2º. 1. Ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra os arts. 1º, I, II, III e IV, par. 1º a 3º e 2º da Lei 7.711/1988, que vinculam a transferência de domicílio para o exterior (art. 1º, I), registro ou arquivamento de contrato social, alteração contratual e distrato social perante o registro público competente, exceto quando praticado por microempresa (art. 1º, III), registro de contrato ou outros documentos em Cartórios de Registro de Títulos e Documentos (art. 1º, IV, a), registro em Cartório de Registro de Imóveis (art. 1º, IV, b) e operação de empréstimo e de financiamento junto a instituição financeira, exceto quando destinada a saldar dívidas para com as Fazendas Nacional, Estaduais ou Municipais (art. 1º, IV, c) - estas três últimas nas

hipóteses de o valor da operação ser igual ou superior a cinco mil - Obrigações do Tesouro Nacional - à quitação de créditos tributários exigíveis, que tenham por objeto tributos e penalidades pecuniárias, bem como contribuições federais e outras imposições pecuniárias compulsórias. 2. Alegada violação do direito fundamental ao livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV da Constituição), na medida em que as normas impedem o contribuinte de ir a juízo discutir a validade do crédito tributário. Caracterização de sanções políticas, isto é, de normas enviesadas a constranger o contribuinte, por vias oblíquas, ao recolhimento do crédito tributário. 3. Esta 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 devido processo legal substantivo (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. É inequívoco, contudo, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se 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 de atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável. 4. Os incisos I, III e IV do art. 1º violam o art. 5º, XXXV da Constituição, na medida em que ignoram sumariamente o direito do contribuinte de rever em âmbito judicial ou administrativo a validade de créditos tributários. Violam, também, o art. 170, par. ún., da Constituição, que garante o exercício de atividades profissionais ou econômicas lícitas. Declaração de inconstitucionalidade do art. 1º, I, III e IV da Lei 7.711/1988. Declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, dos parágrafos 1º a 3º e do art. 2º do mesmo texto legal. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SANÇÃO POLÍTICA. PROVA DA QUITAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS NO ÂMBITO DE PROCESSO LICITATÓRIO. REVOGAÇÃO DO ART. 1º, II DA LEI 7.711/1988 PELA LEI 8.666/1993. EXPLICITAÇÃO DO ALCANCE DO DISPOSITIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA QUANTO AO PONTO. 5. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, em relação ao art. 1º, II da Lei 7.711/1988, na medida em que revogado, por estar abrangido pelo dispositivo da Lei 8.666/1993, que trata da regularidade fiscal no âmbito de processo licitatório. 6. Explicitação da Corte, no sentido de que a regularidade fiscal aludida implica "exigibilidade da quitação quando o tributo não seja objeto de discussão judicial" ou "administrativa". Ações

Diretas de Inconstitucionalidade parcialmente conhecidas e, na parte conhecida, julgadas procedentes. (ADI 173, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em

25/09/2008, DJe-053 DIVULG 19-03-2009 PUBLIC
20-03-2009 EMENT VOL-02353-01 PP-00001)

A norma é flagrantemente contrária às Súmulas do Egrégio Supremo Tribunal Federal, a saber:

SÚMULA Nº 70

É INADMISSÍVEL A INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMO MEIO COERCITIVO PARA COBRANÇA DE TRIBUTOS.

SÚMULA Nº 323

É INADMISSÍVEL A APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO COERCITIVO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS.

SÚMULA Nº 547

NÃO É LÍCITO À AUTORIDADE PROIBIR QUE O CONTRIBUINTE EM DÉBITO ADQUIRA ESTAMPILHAS, DESPACHE MERCADORIAS NAS ALFÂNDEGAS E EXERÇA SUAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS.

Não pode a norma compelir a interdição do estabelecimento como meio coercitivo para cobrança do tributo. O tributarista Raul Haidar é enfático: “Bloquear a emissão da nota fiscal eletrônica é medida de extrema violência, pois não abre ao contribuinte a possibilidade de defesa”.

A conduta perpetrada pela autoridade coatora impõe flagrante restrição a atividade empresarial, pois inexiste previsão legal para o adimplemento da Instrução Normativa na forma imputada pela impetrada, a vinculação imposta é amplamente vedada pela jurisprudência, a saber:

"Apreensão de mercadorias como forma de coerção ao pagamento de tributos: impossibilidade. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não é dado à Fazenda Pública obstaculizar a atividade empresarial com a imposição de penalidades no intuito de receber imposto atrasado (RE 413.782, 17-3-2005, Marco Aurélio)." (RE 496.893-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-3-2007, Primeira Turma, DJ de 20-4-2007.) No mesmo sentido: RE 527.633-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, DJE de 1º-2-2011. Vide: AI 677.242-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13-10-2009, Primeira Turma, DJE de 13-11-2009.

CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS FISCAIS. Exigência para registro de alteração de contrato social. Artigos 47, I, 'd', da Lei nº 8.212/91 e 27, 'e', da Lei nº 8.036/90. **Forma de cobrança indireta de tributos, que não se coaduna com entendimento que vem se consolidando no STF. Vedação ao embaraço do exercício da atividade empresarial por meio de exigências relacionadas à comprovação de quitação de tributos reconhecida na ADI nº 173/DF, que declarou inconstitucionais o artigo 1º, I, III e IV da Lei 7.711/88 e, por arrastamento, os parágrafos 1º a 3º e do art. 2º do mesmo texto legal. Artigos que trazem disposições semelhantes às normas impugnadas pela autora. Súmulas 70, 323 e 547 do STF que repudiam sanções políticas. Repúdio, sob todas as formas, a normas que condicionam a prática de atos da vida civil e empresarial à quitação de créditos tributários. Exigência desarrazoada, que ofende o direito de acesso ao Judiciário, para impugnar o crédito tributário, e de livre exercício das atividades profissionais e econômicas lícitas.**

Segurança ora concedida. Recurso provido. (TJSP. Apelação nº 0039159-39.2010.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, Relator: Edson Ferreira, v.u)

Posto isso, esse ato coator possui nulidade não devendo os seus efeitos serem alcançados pelo contribuinte .

DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR

No caso em tela, consoante o já exposto pela Impetrante, não há dúvidas de que há ofensa a direito líquido e certo pelas ilegalidades apontadas, ferindo os princípios da isonomia, da legalidade, da segurança jurídica, dentre outros.

A impetrante encontra-se sofrendo lesão grave e de difícil reparação, uma vez que está condicionada a adesão ao parcelamento para ser concedida autorização para emissão da Nota Fiscal Eletrônica, cerceando a pleno exercício da atividade empresarial, em evidente afronta as normas contidas na legislação federal e Constituição Federal.

Vê-se, *in casu*, a presença do direito líquido e certo a manifesta ilegalidade dos dispositivos delineados na Instrução Normativa, como também pelo pacífico entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, conforme já demonstrado.

Em razão da imposição coercitiva do fisco, sabido que possui outros meios para obtenção do que lhe é devido, sem necessidade de estancar as atividades empresariais da impetrante, assim, esta encontra-se sendo lesada no seu patrimônio, verificando-se, inclusive, a ofensa ao seu direito de propriedade.

A vedação da emissão da nota fiscal eletrônica torna patente, por conseguinte, que o prejuízo econômico poderá não ser restabelecido, mesmo na remota hipótese de poder se compensar os valores não lançados, em face do longo período em que ficará subtraída de recursos financeiros, restando, por mais este motivo demonstrado a lesão grave de difícil reparação no caso presente.

A impetrante após a edição da Instrução Normativa SF/SUREM nº. 19/2011 teve seus direitos fundamentais atingidos e ainda está à mercê da discricionariedade da autoridade coatora, ficando evidente, *data vênia*, a lesão grave de difícil reparação, pois se a liminar não for deferida, tornar-se-á ineficaz a medida, pois a Impetrante não poderá permanecer exercendo suas atividades empresariais.

Imperioso mencionar que as atividades desempenhadas pela Impetrante são reguladas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, assim, no advento de uma impossibilidade que limite a prestação de sua atividade, ela estará sujeita a diversas sanções impostas pela agência reguladora.

Diante de todo o exposto, requer sejam deferidos os pedidos abaixo elencados, para que ao final seja concedida a segurança definitiva a impetrante.

IV - DOS PEDIDOS

DO PEDIDO LIMINAR

a) Nos termos do artigo 7º, III, da Lei n.º 12.016/09, a concessão da medida liminar suspendendo o ato que deu motivo ao presente, ou seja, suspender os efeitos da Instrução Normativa, tendo em vista a sua ilegalidade, e encontrarem-se presentes o *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

DO PEDIDO PRINCIPAL

b) Em medida definitiva, seja concedida a segurança, objetivando assegurar o direito da impetrante de não ser compelida ao cumprimento da Instrução Normativa, em razão da sua flagrante ilegalidade.

CONCLUSÃO

Requer, a imediata notificação da Autoridade Impetrada, o Ilustríssimo Sr. Secretário Municipal de Finanças da Prefeitura Municipal de São Paulo/SP, devendo, apresentar sua manifestação no prazo de dez dias.

Também requer que se dê ciência do feito a Secretaria Municipal de Finanças da Prefeitura Municipal de São Paulo, nos termos do art. 7º, II, da Lei n.º 12.016/2009.

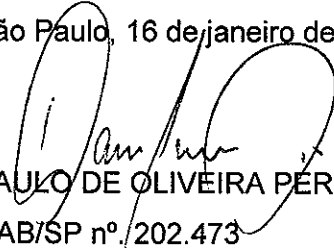
Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, sem exceção de qualquer delas.

Por fim, requer que todas as publicações e intimações referentes ao presente processo sejam efetivadas em nome do Dr. José Luiz Toro da Silva, inscrito na OAB/SP sob o nº 76.996 e da Dra. Vânia de Araújo Lima Toro da Silva, inscrita na OAB/SP sob o nº 181.164, ambos com escritório na Rua Santa Luzia, nº 48, Liberdade, São Paulo – Estado de São Paulo.

Dá à causa o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

São Paulo, 16 de janeiro de 2.012.



PAULO DE OLIVEIRA PEREIRA
OAB/SP nº. 202.473



VANESSA BITENCOURT QUEIROZ
OAB/SP nº. 313.159



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

VIADUTO DONA PAULINA, 80, 9º ANDAR - SALA 909, CENTRO -

CEP 01501-020, FONE: 3242-2333R2035, SÃO PAULO-SP - E-MAIL:

SP11FAZ@TJ.SP.GOV.BR

Cópia

DECISÃO

Processo nº	0001598-10.2012.8.26.0053 - Mandado de Segurança
Autor:	Saúde Medicol S/A
Requerido:	Diretor do Departamento de Rendas Mobiliárias da Secretaria de Finanças do Município de São Paulo

CONCLUSÃO

Em 17/01/2012, faço os presentes autos conclusos ao(à) MM(ª) Juiz(a) de Direito da 11ª Vara da Fazenda Pública, Dr(a). **Domingos de Siqueira Frascino**.

Vistos.

1 – Defiro medida liminar em favor da impetrante, por existir *fumus boni iuris* para tanto, dado que a atacada Instrução Normativa SF/SUREM nº 19, de 16 de dezembro de 2011, impede a emissão de notas fiscais eletrônicas por contribuintes de ISSQN, caso tenha sido detectada situação tida como de inadimplência pelo administrador.

2 – Ocorre que isto inviabiliza a atividade econômica da empresa, notadamente por ser da prática comercial, a apresentação da nota fiscal pelo contribuinte como condição de receber o valor devido ao serviço prestado, o que se adequa à sedimentada jurisprudência exposta pela Súmula 547 do STF, no sentido de que a Autoridade não pode proibir as atividades profissionais do contribuinte em débito.

3 – A par disto, o *periculum in mora* se mostra evidente, pois caso deixe de ser concedida a medida liminar, a impetrante se verá impedida de emitir as notas fiscais eletrônicas, e por consequência de prestar novos serviços, a não ser que consiga suspender a exigibilidade dos supostos débitos mantidos perante a Fazenda Municipal, ou convencer o tomador de serviços a emitir a nota fiscal eletrônica do tomador, com retenção na fonte e recolhimento do ISSQN devido.

4 – Ante o exposto, suspendo os efeitos da referida Instrução em face da impetrante, para que seja autorizada a emissão de nota fiscal eletrônica por ela, ainda que tida como inadimplente.

5 - Requistem-se informações da r. Autoridade, notificado o órgão de representação, com oportuna abertura de vistas ao Ministério Público.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

VIADUTO DONA PAULINA, 80, 9º ANDAR - SALA 909, CENTRO -

CEP 01501-020, FONE: 3242-2333R2035, SÃO PAULO-SP - E-MAIL:

SP11FAZ@TJ.SP.GOV.BR

Int.

São Paulo, 17 de janeiro de 2012.

D A T A

Em 17/01/2012, recebi estes autos em cartório com o r.despacho supra.

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por DOMINGOS DE SIQUEIRA FRASCINO. Para conferir o original, acesse o site www.tjsp.jus.br, informe o processo 0001598-10.2012.8.26.0053 e o código 1H0000001WZ9H.