



PODER JUDICIARIO
TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro:2013.0000620522

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2021193-86.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TECQUALID CENTRO TECNICO DE REPARAÇÃO DE VEICULOS LTDA EPP, é agravado SECRETÁRIO DE FINANÇAS DO MUNICIPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS QUE CONSTARÃO DO ACÓRDÃO. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente sem voto), RICARDO DIP E PIRES DE ARAÚJO.

São Paulo, 8 de outubro de 2013.

Aroldo Viotti
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIARIO
TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 26.544

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2021193-86.2013.8.26.0000 - São Paulo

AGRAVANTE: TECQUALID CENTRO TÉCNICO DE REPARAÇÃO DE VEÍCULOS EPP

AGRAVADO: SECRETÁRIO DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

JUIZ 1ª INSTÂNCIA: HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO

Mandado de Segurança. Decisão que indefere liminar para que o Fisco Municipal não condicione a emissão de notas fiscais de serviços eletrônicas à satisfação de débito de tributo. Instrução Normativa SF/SUREM 19/2011. Suspensão da emissão de notas fiscais eletrônicas para contribuintes inadimplentes. Inadmissibilidade. Meio indireto de cobrança de tributo. Agravo de Instrumento provido.

I. Agravo de Instrumento tirado por TECQUALID CENTRO TÉCNICO DE REPARAÇÃO DE VEÍCULOS EPP contra r. decisão do MM. Juiz de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que, em Mandado de Segurança impetrado pela ora agravante contra ato atribuído ao SECRETÁRIO DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO (processo nº 0035738-36.2013.8.26.0053), indeferiu medida liminar, pleiteada para o fim de oficiar o impetrado *“para que se libere, em caráter de urgência, e se mantenha a autorização para emissão da Nota Fiscal de Serviços Eletrônica – NFS-e para a impetrante”* (fls. 29).

Nas razões, assevera que: a) o ato coator praticado com fundamento na Instrução Normativa nº 19/2011, ao impedir o devedor de ISS de emitir nota fiscal eletrônica, contraria diretamente princípios constitucionais, em especial o que protege o livre exercício de atividade econômica (artigo 170, parágrafo único), bem como o disposto nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF; b) para a obtenção de receitas depende da emissão da nota fiscal eletrônica; c) a Instrução Normativa nº 19/2011 submete o contribuinte a desproporcional, não razoável e desnecessário constrangimento com o objetivo de regularizar débitos pendentes, embora disponha de meios coercitivos próprios para tal finalidade. Pede a reforma da decisão, com a concessão de efeito suspensivo. Este, em síntese, o relatório.



PODER JUDICIARIO
TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

II. O agravo comporta julgamento imediato, independentemente de ulteriores providências, diante da solução adotada.

A decisão impugnada (a seguir parcialmente reproduzida) é do seguinte teor (fls. 34/38):

"....Ademais e quanto a questão de fundo, bem se sabe que pode o Estado para alcançar seu objetivo de cobrar seus tributos, velando pela regularidade fiscal das atividades econômicas, impor exigências aos contribuintes, por meios próprios, inclusive e para tanto, se valendo de meio coativo, sendo por isso legal e regular a negativa de expedição de autorização para emissão de documento fiscal quando existente dívida e ausente prova da suspensão de sua exigibilidade, não violando essa regra direito líquido e certo do contribuinte pois nos termos do CTN, artigo 205, bem pode autoridade fiscal indeferir a expedição de documento (certidão, autorização), quando pendente prova da quitação de determinado tributo.

Desse modo, está acha legitimado o Estado para o exercício da coerção na cobrança de seus tributos até porque toda regra jurídica, como fato social, exerce sobre o indivíduo uma coação exterior, o que implica que os fins de interesse público nitidamente reconhecidos, se contrapõem aos fins de interesse privado, no caso, do contribuinte inadimplente.

Nesse sentido, deriva a coação administrativa do interesse público, tanto que na definição de tributo aí se explicita tratar-se de ônus compulsório, tendo por fundamento jurídico o poder fiscal do Estado e como seu elemento essencial a coercibilidade, vale dizer, a prerrogativa legal de o Estado compelir o contribuinte ao pagamento da prestação, prerrogativa essa que implica, pela supremacia do interesse público sobre o interesse particular, impor o Fisco ao contribuinte o cumprimento de obrigações impostas por lei.

O fato é que é regra de direito o uso da coerção como meio de impor a execução de obrigação (vide CPC art. 359).

Confira-se a respeito a orientação da jurisprudência Como refere a doutrina e a jurisprudência, "A exigência de inexistência de débitos, ademais, não constitui meio coercitivo para o pagamento de tributos, ou sanção de natureza política, mas simplesmente restrição ao gozo do tratamento diferenciado constitucionalmente previsto"...."A exigência feita pela Lei Complementar de possuírem as empresas regularidade fiscal para a inscrição no SIMPLES Nacional não se revela inconstitucional, porquanto não há qualquer caráter discriminatório ou ofensa à isonomia em exigir que o contribuinte cumpra com suas obrigações tributárias. Tal exigência não constitui ônus, penalidade ou ingerência indevida no patrimônio do contribuinte, mas apenas reforça a obrigação legal de pagamento dos tributos.." (TFR, AC 200871070017983/RS)..."O tratamento tributário diferenciado e privilegiado para as micro e pequenas empresas determinado pela Constituição Federal não as exonera do dever de cumprir as suas obrigações tributárias..."



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Aliás, conforme se verifica da atacada Instrução Normativa, a suspensão da emissão de nota fiscal ao contribuinte inadimplente não impede a sua atividade profissional tal como o alegado.

A Instrução Normativa n. 19, de 16 de dezembro de 2011, que disciplina a suspensão da autorização para emissão da Nota Fiscal de Serviços Eletrônica NFS-e para os contribuintes inadimplentes e a emissão da Nota Fiscal Eletrônica do Tomador/Intermediário de Serviços NFTS, estabelece in verbis que: "Art. 1º. A emissão da Nota Fiscal de Serviços Eletrônica NFS-e para pessoas jurídicas e condomínios edifícios residenciais ou comerciais estabelecidos no Município de São Paulo terá sua autorização suspensa quando o contribuinte, pessoa jurídica domiciliada no Município de São Paulo, estiver inadimplente em relação ao recolhimento do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza ISS. 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 e incidência consecutivos; II - deixar de recolher o ISS devido por 6 (seis) meses de incidência alternados dentro de um período de 12 (doze) meses. Art. 3º A autorização para emissão da NFS-e ocorrerá sempre que a regularização de débitos pelo contribuinte o desenquadre das condições previstas nos incisos I e II do artigo 2º. Art. 4º Face ao disposto no § 1º, inciso I, do artigo 7º da Lei 13.701, de 24 de dezembro de 2003, as pessoas jurídicas e os condomínios edifícios residenciais ou comerciais estabelecidos no Município de São Paulo, quando tomarem serviços de pessoa jurídica domiciliada no Município de São Paulo que não emitir NFS-e em razão da suspensão da autorização de que trata o artigo 1º desta instrução normativa, deverão emitir a Nota Fiscal Eletrônica do Tomador/Intermediário de Serviços NFTS, reter na fonte e recolher o ISS devido." (grifo meu).

Desse modo, se o contribuinte encontrar-se em débito com o fisco municipal, na forma como prevista, fica suspenso o seu direito de emissão de NFS-e, passando esta a ser emitida pelo tomador/intermediário de seus serviços, o qual foi eleito o responsável tributário para tanto. A responsabilidade por substituição tributária encontra previsão legal no art. 128, do Código Tributário Nacional.

A substituição tributária, no caso do ISSQN, tem revisão no art. 6º, da Lei Federal n. 116/03, que estabeleceu que os "Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais", e, ainda, prevê, que são responsáveis "o tomador ou intermediário de serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País; a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária dos serviços descritos nos subitens 3.05, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da lista anexa." (incisos I e II).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Com base nesta autorização legal, a Lei Municipal n. 13.476/02, em seu art. 5º estabeleceu que são "responsáveis pelo pagamento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, devendo reter na fonte o seu valor" alguns tomadores ou intermediários de serviços que elenca.

Por outro lado, a Lei n. 13.701/2003, em seu art. 7º, § 1º, com a nova redação dada pela Lei n. 15.406/2011, que instituiu a nota fiscal de serviços eletrônica e trouxe outras providências, estabeleceu a responsabilidade do tomador de serviços para fins de recolhimento do ISS quando o obrigado à emissão da NFS-e não o fizer, como se pode constatar in verbis: "Art. 7º - O tomador do serviço deverá exigir Nota Fiscal de Serviços Eletrônica, Cupom Fiscal Eletrônico ou outro documento exigido pela Administração, cuja utilização esteja prevista em regulamento ou autorizada por regime especial. § 1º O tomador do serviço é responsável pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS e deve reter e recolher o seu montante quando o prestador: I obrigado à emissão de Nota Fiscal de Serviços Eletrônica, Cupom Fiscal Eletrônico ou outro documento exigido pela Administração, não o fizer; 13/22 II desobrigado da emissão de Nota Fiscal de Serviços Eletrônica, Cupom Fiscal Eletrônico ou outro documento exigido pela Administração, não fornecer recibo de que conste, no mínimo, o nome do contribuinte, o número de sua inscrição no Cadastro de Contribuintes Mobiliários - CCM, seu endereço, a descrição do serviço prestado, o nome e número de inscrição no Cadastro de Pessoa Física - CPF ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ do tomador e o valor do serviço." Esta lei veio regulamentada pelo Decreto Municipal n. 52.601/2011, o qual estabeleceu que: "Art. 2º. A NFTA deverá ser emitida pelas pessoas jurídicas e pelos condomínios edilícios residenciais ou comerciais por ocasião da contratação de serviços, nas seguintes hipóteses: I - quando os serviços tiverem sido tomados ou intermediados de prestador estabelecido fora do Município de São Paulo, ainda que não haja obrigatoriedade de retenção, na fonte, do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS; II - quando se tratar de responsáveis tributários nos termos do disposto no § 1º do artigo 7º da Lei 13.701, de 24 de dezembro de 2003, com a redação dada pelo artigo 18 da Lei nº 15.406, de 2011, no caso dos serviços terem sido tomados ou intermediados de pessoa jurídica estabelecida no Município de São Paulo que não emitir Nota Fiscal de Serviços Eletrônica - NFS-e, Cupom Fiscal Eletrônico ou outro documento fiscal cuja obrigatoriedade esteja prevista na legislação."

Assim, tanto a lei, como o seu decreto regulamentador, ao estabelecerem a responsabilidade tributária do tomador de serviços, o obrigaram à emissão da NFTA.

A Instrução Normativa n. 19/2011, ao estipular a suspensão da possibilidade de emissão da NFS-e pelos prestadores de serviços que estejam inadimplentes, na forma como regulamenta, e, ao mesmo tempo, nos termos do art. 4º, incumbir ao tomador de seus serviços a responsabilidade de emitir a nota fiscal de serviços de tomador/intermediário, recolhendo o imposto na fonte, deixou claro que a empresa poderá continuar prestando serviços normalmente. Esta instrução, ao transferir a responsabilidade a terceiro pelo recolhimento do ISS na fonte, não transbordou de seu limite regulamentar, apenas explicitando a lei e o decreto, fazendo-os cumprir.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por isso a referida instrução em nada fere o direito da impetrante, posto que não impede o livre exercício de sua atividade econômica, uma vez que a emissão da nota fiscal eletrônica passa a ser de responsabilidade do tomador/intermediário dos serviços quando esta não possa emití-la, situação que não a impede de prestar serviços, mas sim, apenas dificulta a possibilidade de sonegar o imposto devido, fato que implica que a suspensão da possibilidade de emissão da NFS-e não torna a impetrante impedida de prestar seus serviços na cidade de São Paulo e nem a outros municípios, inexistindo a violação constitucional ou à jurisprudência já sumulada, tal como alega, sendo que a negativa de emissão de notas fiscais de serviços eletrônicas pela Municipalidade, nos termos da Instrução Normativa SF/SUREM n. 19/2011, não fere o seu direito de exercer a sua profissão ou de prestar atividade lícita, posto que a própria instrução estabelece outra forma de recolhimento do imposto, não havendo que se falar em forma coercitiva para fins do adimplemento de obrigações tributárias de modo a impedir o próprio exercício da atividade pela devedora.

Pelo exposto, INDEFIRO a medida liminar.

2. Regularizadas as peças, e custas necessárias (fls. 27), processe-se, solicitando informações e dando-se após vista dos autos ao MP para manifestação.

Int.”.

A Instrução Normativa nº 19, de 16.12.2011, da Secretaria de Finanças do Município de São Paulo assim dispôs, em seu artigo 1º: “Art. 1º . A emissão da Nota Fiscal de Serviços Eletrônica – NFS-e para pessoas jurídicas e condomínios edifícios residenciais ou comerciais estabelecidos no Município de São Paulo terá sua autorização suspensa quando o contribuinte, pessoa jurídica domiciliada no Município de São Paulo, estiver inadimplente em relação ao recolhimento do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISS.”

Com efeito, longeva construção jurisprudencial sanciona a adoção pelo Poder Público de meios de coerção como forma indireta de cobrança de tributos: “... é cediço, no Supremo Tribunal Federal, que a Administração Tributária não pode impor ao contribuinte meios coercitivos que inviabilizem a atividade econômica/profissional, para fins de cobrança de tributo (Súmulas 70, 323 e 547).” (STJ, RMS 22.800-SE, Primeira Turma, j.20.11.2008, Rel. o Min. LUIZ FUX).

Inegável, portanto, que há verossimilhança na pretensão da agravante, ademais do intuitivo perigo da demora. Da jurisprudência das Câmaras deste Tribunal colhem-se precedentes no sentido da solução adotada em primeiro grau:

“... a Instrução Normativa SF/SUREM nº 19/2011, em que pese, “em tese”, permita, como forma de manutenção do exercício da atividade econômica, a emissão da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nota Fiscal Eletrônica do Tomador/Intermediário de Serviços NFTS, em verdade, a “alternativa” obriga o prestador de serviço a ter de convencer o tomador a emití-la em seu lugar, tratando, pois, a regra, uma forma de coagir o devedor ao pagamento, pena de inibir-lhe a clientela e, por consequência lógica implicar, se não na inviabilização de sua atividade, ao menos na sua obstaculização, uma vez que é da própria prática de mercado a necessidade da apresentação da Nota Fiscal como forma de receber pelo serviço prestado.” (7ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 0079489-72.2012.8.26.0000, J. 18.06.2012, Rel. o Des. MAGALHÃES COELHO).

“Mandado de segurança. Suspensão da emissão de notas fiscais de serviços para contribuintes inadimplentes. Instrução Normativa SF/SUREM n. 19/2001. Forma indireta de cobrar o tributo. Inadmissibilidade. Entendimento do STF (Súmula 547). Decisão mantida” (13ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 0045944-11.2012.8.26.0000, J. 6.06.2012, Rel. o Des. RICARDO ANAFE).

“Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança. Suspensão da emissão de notas fiscais de serviços para os contribuintes inadimplentes. Instrução Normativa 19/SF-SUREM/2011. Forma indireta de cobrança de tributos. Inadmissibilidade. Precedentes do STF (Súmulas ns. 70, 323, 547). Fumaça do bom direito inexistente. Decisão agravada mantida” (10ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 0031591-63.2012.8.26.0000, j. 02.04.2012, Rel. o Des. PAULO GALIZIA).

III.

Pelo exposto, dão provimento ao recurso.

AROLDO VIOTTI