

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da ^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, Estado de São Paulo

DISTRIBUIÇÃO URGENTE

GRAMPOFIX INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 55.484.976/0001-79, com sede na Rua Massato Misawa, n.º 12, Itaquera, no Município de São Paulo, Estado de São Paulo, CEP.: 08260-020, por seus advogados que a esta subscrevem (documento nº 1), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, bem como nos artigos 1º e seguintes da Lei nº 12.016/09, impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA
(com pedido de medida liminar)

em face de ato coator praticado pelo Ilustríssimo Senhor **PROCURADOR CHEFE DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**, com endereço na Rua Pamplona, nº 227, 6º andar, Município de São Paulo, Estado de São Paulo, autoridade vinculada ao **ESTADO DE SÃO PAULO**, ou quem lhe faça as vezes no exercício do ato coator, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

I. OS FATOS

1. A Impetrante é pessoa jurídica de médio porte que se dedica ao comércio de ferramentas e materiais para escritórios, tais como, grampos, pregos, arames, grampeadores e correlatos, os quais são industrializados em seu estabelecimento industrial localizado na Zona Leste da Capital do Estado de São Paulo.

2. Considerada uma das regiões mais carentes de investimento de capital produtivo, fato este, inclusive, reconhecido pelo Governo Municipal Paulista, logo após instituir o “*Programa de Incentivo Fiscal da Zona Leste*” por meio da Lei nº 13.931/13, foram adotadas diversas medidas visando incentivar as empresas a se instalarem na Zona Leste, com o propósito de promover desenvolvimento social e economia da região, através da criação de empregos.

3. Antes mesmo da série de medidas incentivadoras, a Impetrante já se encontrava estabelecida na Zona Leste, contribuindo ativamente para o desenvolvimento econômico da região, por meio da oferta de postos de trabalho com salários de acordo com o mercado, concessão de diversos benefícios e, até mesmo, com a distribuição de participação nos resultados a seus funcionários, como forma de distribuir riqueza para todos aqueles que contribuem para a sustentabilidade da empresa, prestigiando, assim, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na iniciativa privada, na forma do artigo 170 da CF/88.

4. De fato, o papel social desenvolvido pela Impetrante, na região leste, há mais de 10 (dez) anos, impulsiona o crescimento sustentável do carente Bairro de Itaquera, não só sob a perspectiva da economia regional, através da criação de centenas de empregos diretos e indiretos, como também do ponto de vista social, pois, o oferecimento de postos de trabalho na região, tende a contribuir eficazmente na diminuição do grande fluxo de trabalhadores que se deslocam de sua residência localizada na Zona Leste para outras localidades, bem como desafoga a intensa procura de atendimento público hospitalar, diante da concessão de planos de saúde.

5. Além de atuar como agente transformador da sociedade, a Impetrante sempre buscou estar em dia com as suas obrigações tributárias principais e acessórias, recolhendo, dentro do prazo legal, todos os tributos incidentes na sua atividade empresarial.

6. Todavia, com o advento da crise financeira que assola atualmente a economia brasileira, a Impetrante deixou de obter, a algum tempo, o faturamento necessário para a manutenção de suas atividades.

7. Isso teve reflexo direto e nocivo no fluxo de caixa da companhia, de modo a comprometer o cumprimento, em dia, de boa parte das obrigações assumidas pela Impetrante, o que a colocou em situação de grande dificuldade financeira.

8. Com faturamento enxuto e o orçamento desequilibrado, a Impetrante foi forçada a refazer o fluxo de caixa de acordo com a nova realidade, fazendo com que passasse a priorizar o pagamento de algumas obrigações básicas em detrimento de outras, para viabilizar, principalmente, a operacionalidade da empresa, entre elas, pagamento de salários dos funcionários, de fornecedores e, na medida do possível, tributos, recolhidos, na maioria das vezes, a destempo e por meio de parcelamento.

9. Somado a isto, o pagamento das citadas despesas operacionais ficam a depender – a partir da deflagração da instabilidade econômica – da tomada de crédito rotativo bancário, o qual somente é concedido mediante à ausência de restrição nos órgãos de proteção ao crédito e de Protesto de Título.

10. Infelizmente, apesar dos esforços da Impetrante em cumprir com as suas obrigações tributárias, o ICMS apurado durante o ano-calendário de 2015 não teve o seu recolhimento dentro do prazo de vencimento, acumulando, desse modo, um passivo tributário no montante de R\$ 224.059,16, o que levou o Estado de São Paulo a efetivar o Protesto de Certidões de Dívida Ativa de débitos fiscais de ICMS, como forma coercitiva de cobrança do tributo.

11. Diante desse cenário financeiro, decorrente de uma economia estagnada, a única solução encontrada pela Impetrante, foi regularizar a dívida tributária estadual acumulada entre o período de 2012 a 2014, por meio de *parcelamentos especial e ordinário*, os quais foram aderidos em 2013 e 2014, remanescendo em aberto os tributos devidos de ICMS apurados durante o ano-calendário de 2015, conforme se depreende do quadro ilustrativo abaixo.

CDA	PERÍODO	VALOR ATUALIZADO	SITUAÇÃO	NATUREZA DO PARCELAMENTO	PROTESTO
PARCELAMENTO ATIVO					
1.093.593.881	06/2012	R\$ 36.172,13	Parcelamento ativo	PEP n.º 20001802-7 (Documento nº 2)	Inexistente
1.093.593.892	07/2012	R\$ 29.285,61	Parcelamento ativo	PEP n.º 20001802-7 (Documento nº 2)	Inexistente
1.093.593.904	08/2012	R\$ 77.873,05	Parcelamento ativo	PEP n.º 20070696-9 (Documento nº 3)	Inexistente
1.093.593.915	09/2012	R\$ 59.657,00	Parcelamento ativo	PEP n.º 20070696-9 (Documento nº 3)	Inexistente
1.093.593.926	10/2012	R\$ 100.037,26	Parcelamento ativo	PEP n.º 20070696-9 (Documento nº 3)	Inexistente
1.095.330.683	11/2012	R\$ 86.085,54	Parcelamento ativo	PEP n.º 20070696-9 (Documento nº 3)	Inexistente

1.095.947.989	01/2013	R\$ 45.322,38	Parcelamento ativo	PEP n.º 20070696-9 (Documento nº 3)	Inexistente
1.095.614.208	12/2012	R\$ 60.255,47	Parcelamento ativo	PEP n.º 20070696-9 (Documento nº 3)	Inexistente
1.140.970.608	12/2013	R\$ 51.398,67	Parcelamento ativo	PEP n.º 20070696-9 (Documento nº 3)	Inexistente
1.152.756.721	02/2014	R\$ 74.670,73	Parcelamento ativo	Ordinário (Documento nº 4)	Inexistente
1.152.936.930	03/2014	R\$ 97.941,24	Parcelamento ativo	Ordinário (Documento nº 4)	Inexistente
1.163.437.146	06/2014	R\$ 51.061,84	Parcelamento ativo	Ordinário (Documento nº 4)	Inexistente
1.163.437.157	07/2014	R\$ 30.152,28	Parcelamento ativo	Ordinário (Documento nº 4)	Inexistente
1.153.530.866	05/2014	R\$ 30.016,74	Parcelamento ativo	Ordinário (Documento nº 4)	Inexistente
1.172.470.655	09/2014	R\$ 29.597,05	Parcelamento ativo	PEP n.º 2021218-1 (Documento nº 5)	4º Cartório 24/08/2015
1.177.013.834	10/2014	R\$ 66.716,54	Parcelamento ativo	PEP n.º 2021218-1 (Documento nº 5)	7º Cartório 24/08/2015
1.178.478.934	11/2014	R\$ 58.429,78	Parcelamento ativo	PEP n.º 2021218-1 (Documento nº 5)	7º Cartório 24/08/2015
DÉBITOS SEM PARCELAMENTO					
1.179.848.824	01/2015	R\$ 36.959,15	Em cobrança	*	10º Cartório 25/08/2015
1.181.475.149	03/2015	R\$ 20.651,93	Em cobrança	*	7º Cartório 27/08/2015
1.183.345.383	04/2015	R\$ 11.704,71	Em cobrança	*	5º Cartório 25/08/2015
1.199.398.519	07/2015	R\$ 6.652,37	Em cobrança	*	3º Cartório 27/11/2015
1.194.846.047	05/2015	R\$ 34.751,02	Em cobrança	*	4º Cartório 26/10/2015

12. Da análise do quadro ilustrativo da situação fiscal, verifica-se que a Impetrante, mesmo em dificuldades financeiras, vem tentando, ao máximo, regularizar a sua dívida tributária perante o Fisco Estadual, conforme se depreende do extrato analítico extraído do sítio oficial da Procuradoria-Geral do Estado – Dívida Ativa¹ (documento nº 6), capaz de comprovar que os débitos de ICMS anteriores a dezembro de 2014 encontram-se regularmente parcelados e com as respectivas exigibilidades suspensas nos termos do artigo 151, inciso VI, do CTN, ficando, apenas, em aberto o período de 2015.

13. Por priorizar o pagamento das despesas operacionais, assim entendidas aquelas destinadas aos salários, aos fornecedores e, inclusive, às prestações dos parcelamentos aderidos, a receita auferida pela Impetrante, decorrente de sua atividade empresarial, encontra-se completamente comprometida com esses compromissos financeiros, não tendo espaço para outros custos.

¹ Endereço eletrônico: <http://www.dividaativa.pge.sp.gov.br/da-ic-web/inicio.do>

14. Para agravar ainda mais a situação, em certos períodos, a receita obtida pela Impetrante é insuficiente, inclusive, para custear as referidas despesas básicas, conforme se depreende dos extratos bancários (documento nº 7), cujos saldos negativos de todas as contas bancárias revelam a delicada situação econômica da companhia. Tal fato, demanda a tomada de crédito rotativo junto à Instituição Financeira, necessário para que a Impetrante possa honrar com os compromissos assumidos, principalmente o pagamento dos salários dos funcionários, cujo valor médio da folha atinge a cifra considerável de R\$ 130.000,00 mensal, conforme se comprova do resumo da Folha de Salário anexa ao documento nº 8.

15. Em uma dessas solicitações de empréstimo, a Impetrante recentemente foi surpreendida com a negativa de crédito bancário, em virtude dos Protestos das Certidões de **Dívida Ativa nºs 1.179.848.824, 1.181.475.149, 1.183.345.383, 1.199.398.519, 1.194.846.047, 1.172.470.655, 1.177.013.834 e 1.178.478.934** (documento nº 9), consoante se denota do Sistema de Pesquisa Cadastral (SIPES) do Banco Caixa Econômica Federal (documento nº 10), entregue pela Caixa Econômica Federal à época da solicitação do empréstimo em 23/10/2015, na qual a Impetrante mantém conta bancária.

16. A partir daí, diversas medidas foram adotadas para regularizar a Situação Cadastral da Impetrante, entre elas, como visto acima, adesão a parcelamento das CDAs, referente ao ICMS de 2014, bem como a renegociação das Faturas em aberto da Fornecedora Gerdau, através das Notas Fiscais expedidas nos meses de julho e agosto de 2015 mencionadas no documento nº 10, fornecido pela Caixa Econômica Federal.

17. E isso é facilmente comprovado por meio da análise de nova pesquisa de Situação Cadastral de Restrição de Crédito (Documento nº 11), pois, foram excluídas as Notas Fiscais que causavam restrição, porém, mesmo constando a informação no sítio oficial da Procuradoria que designa as CDAs n.ºs 1.172.470.655, 1.177.013.834, 1.178.478.934 como o status de *“débito se encontra vinculado ao PEP”* (Documento nº 6), isto é, parceladas, mesmo assim constam registradas com restrição, além das demais CDAs n.ºs 1.179.848.824, 1.181.475.149, 1.183.345.383, 1.199.398.519 e 1.194.846.047, referente ao ICMS apurado durante o período de 2015, somando, assim, oito protestos.

18. Como se vê, na ânsia de satisfazer a sua volúpia arrecadatória, o Impetrado, além de manter protestadas as CDAs parceladas, inadvertidamente se vale do Protesto de CDA dos demais Títulos em aberto como medida indireta de cobrança coercitiva de tributos, com base na Lei n.º 9.492/1997, com alteração dada pela Lei nº 12.767/12, a qual se mostra eivada de inconstitucionalidade, por configurar incontroversa hipótese de medida com clara afeição de **sanção política**.

19. Tamanho é arbitrariedade e o abuso de direito, que a Lei nº 12.767/12 já teve a sua constitucionalidade colocada em xeque, por meio de ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucional nº 5135, em trâmite perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal.

20. Como se isso não bastasse, o Impetrado protestou, ainda, valor de crédito tributário acima do montante supostamente devido, pois adota índice de correção superior ao da Taxa Selic, para a atualização do valor do débito de ICMS, o que – por si só – torna o Título Executivo, na prática, incerto, ilíquido e, sobretudo, inexigível, apesar da sua presunção legal de liquidez e certeza conferida pelo artigo 3º da Lei nº 6.830/80.

21. Adoção indiscriminada de Protesto de débitos fiscais, mesmo na hipótese em que se encontra a disposição do Fisco Paulista medidas legalmente assecuratórias da cobrança do crédito tributário, como, por exemplo, o ingresso de Execução Fiscal, torna o Protesto de tributos em órgão privado de proteção ao crédito não só um ato desproporcional, abusivo e arbitrário, a ponto, inclusive, de ocasionar ofensa ao princípio do sigilo fiscal, consagrado no artigo 198 do Código Tributário Nacional, combinado com o artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, como também visa constranger o contribuinte ao pagamento da dívida, apresentando-se como típica situação de sanção política, repudiada, a tempos, pelas enunciados das Súmulas nºs 70, 547 e 323, todas editadas pela Egrégia Suprema Corte.

22. Essa forma de cobrança abusiva de tributos, na prática, acaba inevitavelmente inviabilizando o exercício regular da atividade empresarial e, na atual conjuntura econômica, essa malfadada situação pode resultar no encerramento dos negócios comerciais. Isso porque, a retira da possibilidade de tomada de crédito rotativo de recursos financeiros, mesmo na hipótese de incidência de juros exorbitantes, é a única alternativa viável do sócio administrador de manter a empresa em operação.

23. Por essa razão, não pode a Administração Pública Tributária concorrer, desafortunadamente, como corresponsável na paralisação da atividade empresarial ou, até mesmo, contribuir para o seu encerramento definitivo, minando, dessa forma, a fonte produtora de geração de receita para o pagamento da dívida fiscal que entende como devida.

24. O Poder Judiciário, por outro lado, não pode ser conivente com o ato coator perpetrado através do Protesto de CDA, de modo que deve agir preventivamente, visando assegurar, a luz do princípio da menor onerosidade tratado no artigo 620 do CPC, a continuidade do empreendimento, cuja existência serve-se de fonte de capital produtivo em uma das regiões mais carentes da capital paulista, capaz de gerar mais de centenas de empregos diretos e indiretos na Zona Leste de São Paulo, prestigiando, com isso, a função

social buscada pela Carta Magna, em seu artigo 1º, inciso IV² e em seu artigo 170, inciso VII, parágrafo único³, como forma de redução das desigualdades regionais e sociais, por meio da valoração do pleno emprego.

25. Diante de tudo isso, não resta outra alternativa à Impetrante senão utilizar-se do presente *writ*, para garantir seu direito líquido e certo de não ser compelida a cobrança do ICMS, por meio de via eletiva tida por inconstitucional, desproporcional, abusiva e arbitrária, como é o caso do Protesto de CDA, afigura-se como ato coator, cuja ocorrência inviabiliza a consecução das atividades empresariais, por constituir verdadeira hipótese de sanção política. É o que se passa a demonstrar na sequência.

II. PRELIMINARMENTE

24. De acordo com o artigo 23 da Lei n.º 12.016/09⁴, extinguir-se-á o direito de impetrar Mandado de Segurança após decorridos 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado, do ato coator.

25. Dessa forma, se for considerado, como início do prazo de 120 dias, o primeiro dia subsequente a partir de 25/08/2015, data do primeiro Protesto indevido na forma de ato coator impugnado e os subsequentes (documento nº 9), verifica-se que o término do lapso temporal se opera em 22/12/2015.

26. Logo, tendo sido ajuizado o presente Mandado de Segurança antes do dia 22/12/2015, é tido por impetrado dentro do prazo legal, ficando, desde já, afastada a hipótese de configuração de decadência, motivo pelo qual merece ser dado o regular processamento ao feito nos termos da Lei nº 12.016/09.

² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

³ “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:

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

(...)

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.”

⁴ “Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”

III. O DIREITO

III.1. A ILEGALIDADE E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.767/12 E A NECESSIDADE DA PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

27. A União no âmbito da competência privativa que lhe confere o inciso I, do artigo 22, da Constituição Federal, editou a Lei n.º 9.492/97, para regulamentar os serviços concernentes ao Protesto de títulos e outros documentos de dívida, sendo, posteriormente, incluída a Certidão de Dívida Ativa no rol dos títulos protestáveis, através da Lei n.º 12.767/2012, que assim dispõe:

“Art. 1º Protesto 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.

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 12.767, de 2012).”

28. De acordo com a redação trazida pelo artigo 1º da Lei nº 9.492/97, acima transcrito, o Protesto tem a finalidade de provar a inadimplência e o descumprimento de uma obrigação. Note-se, que finalidade idêntica tem a Certidão de Dívida Ativa, que constitui dívida ativa tributária nos termos do conceito trazido pelo artigo 201, do Código Tributário Nacional:

“Art. 201 - Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito tributário dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular”.

29. Ao contrário do que ocorre na relação entre particulares, onde se utiliza o Protesto do título como anúncio do inadimplemento de uma obrigação, a União, os Estados e os Municípios, valem-se da presunção de liquidez, certeza e exigibilidade da Certidão de Dívida Ativa contida não só no artigo 204, do Código Tributário Nacional, como também no artigo 3º da Lei nº 6.830/80, para atribuir ao contribuinte o *status* inadimplente, de tal sorte que a mesma finalidade perquirida pelo **credor particular** com o Protesto de Título Extrajudicial, a **Fazenda do Estado** alcança com a inscrição em dívida ativa.

30. Feitas essas considerações, forçoso concluir, que ao levar a Certidão de Dívida Ativa a Protesto, não pretende a Fazenda do Estado anunciar o inadimplemento da obrigação tributária e constituir o contribuinte em mora, já que esse mesmo efeito tem a Certidão de Dívida Ativa; em verdade, **pretende o Fisco com o protesto cobrar, coercitivamente, o pagamento do imposto, o que tem contribuído de forma contundente para a inviabilidade da atividade produtiva de muitas empresas, na contramão do que prevê a Constituição Federal e a própria Lei que trata da Recuperação Judicial, que consagra o princípio da preservação da empresa.**

31. Além disso, a Fazenda do Estado tem a sua disposição forma privilegiada de perseguir o crédito tributário regularmente inscrito, em procedimento simplificado, previsto na Lei de Execução Fiscal, não necessitando do protesto do título para efetuar a cobrança do que lhe seja devido.

32. É bem verdade que tal cenário não é novo, mas ganha sempre notoriedade em momento de crise econômica, ocasião em que o contribuinte, diante de cenário financeiro adverso, deixa de recolher, dentro do prazo legal, os tributos incidentes na sua atividade empresarial, ante a escassez de fluxo de caixa que se sequer é capaz de arcar com os custos indispensáveis e essenciais para a manutenção da empresa, muito menos suportar com a pesadíssima carga tributária de forma pontual.

33. Atento a esta situação, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, sensível a dificuldade financeira das empresas, passou, em recentes r. decisões, a reconhecer ilegalidade do protesto de CDA, justamente por se mostrar abusiva e desproporcional.

34. De fato, apesar de ter sido reconhecida – por maioria de votos – a constitucionalidade da Lei n.º 12.767/12 pelo próprio Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ocasião da Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0007169.19.2015.8.26.0000, o posicionamento anteriormente firmado vem sofrendo significativa mudança de entendimento, ao ser analisado o tema *sub judice* sob a ótica da **ilegalidade** ora defendida.

35. E, nesse particular, merece destaque trechos extraídos do recentíssimo voto condutor exarado pelo I. Desembargador Rebouças de Carvalho, em julgamento da Apelação Cível n.º 1003487-26.2015.8.26.0554, cujos argumentos evidenciam o atual posicionamento da 9ª Câmara do E. TJ/SP sobre a ilegalidade do protesto de CDA:

“De fato, nenhum motivo razoável se vislumbra na permissão do protesto das CDAs, conforme autorizado pela Lei n.º 12.767/12, pois, ainda que não

vislumbrada a sua inconstitucionalidade, deve-se ater a sua ilegalidade, mormente porque há no sistema jurídico vigente método eficaz para execução de Dívida Ativa.

Ainda que esta relatoria não desconheça que o Órgão Especial já tenha se pronunciado, por maioria de votos, de forma favorável à constitucionalidade do art. 25 da Lei nº 12.767/12, nos termos da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0007169-19.2015.8.26.0000, deve-se destacar que o tema da ilegalidade não foi objeto de apreciação neste momento e, por conseguinte, autorizado aos Órgãos Fracionários procederem a respectiva interpretação quanto a este objeto de análise.

Não se deve olvidar de que os débitos inscritos na Dívida Ativa possuem presunção de certeza e liquidez (art. 3º, da Lei nº 6.830/80)¹ e, como tal, podem ser cobrados imediatamente por intermédio de ação executiva, instrumento eficaz posto à disposição do ente público, decorrendo daí a completa desnecessidade do protesto, que no caso concreto exagerado e desproporcional.

Assim, forçar o devedor a saldar seu débito com a intimidação do protesto da CDA é ato ilegal, e que confronta de forma abusiva todos os métodos criados pela Lei nº 6.830/80, para o fim da execução da Certidão da Dívida Ativa.” (Apelação Cível n.º 1003487-26.2015.8.26.0554; Órgão Julgador: 9ª Câmara do E. TJ/SP; Relator: Des. Rebouças de Carvalho; data da publicação: 27/11/2015) (Grifos da Impetrante)

36. Idêntico posicionamento também foi adotado pela C. 6ª Câmara do E.

TJ/SP:

“1. Trata-se de agravo de instrumento de interlocutória (fls. 27/30) em medida cautelar inominada (fls. 35/46), indeferindo eventual sustação de protesto da CDA nº 1153082858.

Sustentou, em resumo, ser caso de reforma. Inadmissível o protesto da CDA. Ato coercitivo e imoral. É a execução fiscal a via adequada de cobrança. Sub judice a constitucionalidade do dispositivo legal. Merece observância o princípio da preservação da empresa. Oferecida caução. Incorretos os juros. Citou jurisprudência. Daí a liminar e a reforma (fls. 01/18).

2. Em face da natureza da pretensão, à luz dos elementos existentes nos autos, presentes os requisitos legais necessários o fumus boni iuris, recente entendimento jurisprudencial a respeito da matéria e o periculum in mora, prazo exíguo para pagamento sob ameaça de efetivo protesto (fls. 36) concedo o efeito para sustar, por ora, eventual protesto da CDA nº 1153082858, até o julgamento deste recurso. Oficie-se.”

(Agravado de Instrumento n.º 2004548-15.2015.8.26.0000; Órgão Julgador: C. 6ª Câmara do E. TJ/SP; Relator: Des. Evaristo dos Santos; data da publicação: 29/01/2015) (Grifos da Impetrante)

37. Por esta e outras razões que a CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI promoveu Ação Direta de Inconstitucionalidade, autuada sob o nº 5.135, perante o Supremo Tribunal Federal, visando obter o pronunciamento da E. Corte Suprema sobre a inconstitucionalidade do uso de protesto como meio coercitivo de exigência de tributos, isso –por si só– demonstra a robustez dos argumentos ora defendidos acerca do direito líquido e certo da Impetrante de não ver os seus débitos fiscais de ICMS levados à protesto.

38. Na citada ação, questiona-se o **vício formal** da Lei n.º 12.767/2012, em face da falta de simetria com a Medida Provisória nº 577/12, por ter não ter sido respeitado o devido processo legislativo, bem como o princípio da separação dos poderes, em flagrante afronta às regras contidas nos artigos 2º, 59 e 62 da CF/88.

39. Também, a CNI defende ainda a completa inconstitucionalidade da Lei nº 12.767/12 por possuir **vício material**, na medida em que agride os dispositivos constitucionais do artigo 5º, incisos XIII e XXXV; artigo 170, inciso III e parágrafo único; e artigo 174, todos contemplados na Carta Magna, além, é claro, de violar o princípio da proporcionalidade, como defendido no presente *mandamus*.

40. Ademais, não se pode perder de vista que a ideia central da prática de manobras arbitrárias para compelir os contribuintes que se encontram em débito, ou que o Fisco unilateralmente entende que estão em débito, como forma indireta de obrigar o contribuinte a pagar um tributo, frequentemente indevido, sob pena de sofrer um prejuízo maior, já passou pelo crivo do E. Supremo Tribunal Federal e o posicionamento da Corte Suprema foi cristalizado por meio das Súmulas nºs 70, 323 e 547, ora invocadas por analogia:

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".*

41. No caso dos presentes autos, nota-se que o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que o Fisco não pode estabelecer procedimentos como forma oblíqua de coagir o contribuinte ao pagamento de eventuais débitos tributários, sob pena de prática de ato ilegal e arbitrário, a ponto de se apresentar como típica situação de abuso de poder, pretender assim coagi-lo ao pagamento das obrigações tributárias, em vez de utilizar as vias judiciais, através da Execução Fiscal, único instrumento válido de que poderia dispor para a consecução de seu intuito, conforme muito bem salientado pelas r. decisões acima reproduzidas.

42. No caso do protesto da Certidão de Dívida Ativa, a arbitrariedade torna-se ainda mais alarmante, isto porque, levado o título executivo a protesto, o contribuinte é intimado a pagar no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de protesto do título. Neste caso, o remédio constitucional que pode se valer o contribuinte é o presente *writ* contra ato coator abusivo de protesto de débitos fiscais.

43. Porém, adoção desta modalidade processual, frustra o direito do contribuinte de oferecer garantia menos onerosa na esfera judicial e discutir a validade da cobrança. Vale lembrar que, de acordo com a regra contida no *caput*, do artigo 8º, da Lei nº 6.830/80, o contribuinte após regulamente citado, dispõe do prazo de 05 (cinco) dias para pagar o crédito executado ou garantir a execução, confira-se:

“Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas (...)”

44. E garantida a execução, ainda é garantido ao contribuinte oferecer Embargos à Execução no prazo de 30 (trinta) dias, conforme autoriza o artigo 16, da referida norma:

“Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I - do depósito;

II - da juntada da prova da fiança bancária;

III - da intimação da penhora.”

45. O rito da execução do crédito tributário tal como disciplinado na Lei nº 6.830/80, tem como objetivo não só assegurar a cobrança do crédito por parte da Fazenda Pública, como também, de **proporcionar ao contribuinte os exercícios à ampla defesa e**

ao contraditório, princípios estes constitucionalmente garantidos pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

46. O princípio da ampla defesa e do contraditório possuem base no dever delegado ao Estado de facultar ao acusado a possibilidade de efetuar a mais completa defesa quanto à imputação que lhe foi realizada. As condições mínimas para a convivência em uma sociedade democrática são pautadas através dos direitos e garantias fundamentais. Estes são meios de proteção dos Direitos individuais, bem como mecanismos para que haja sempre alternativas processuais adequadas para essa finalidade.

47. Além disso, os princípios constitucionais são indispensáveis na sua função ordenadora, pois colaboram para a unificação e harmonização do sistema constitucional. A Carta Magna em seu artigo 5º, inciso LV, preconiza que:

"LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

48. Considerando que a **finalidade do protesto produz o mesmo efeito da inscrição do crédito em dívida ativa**, porém, sem a observância aos direitos e garantias desenhados na Constituição Federal, se mostra **ilegal, inconstitucional e arbitrária** a autorização de protesto trazido pelo artigo 1º, Lei nº 9.492/97 com a redação dada pela Lei nº 12.767/12, já que esta medida além de violar frontalmente os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, também fere o processo executivo regulamentado pela Lei nº 6.830/80.

49. Além disso, em se tratando de Direito Tributário, o protesto da CDA jamais poderia ser admitido, pois a sua adoção fere o sigilo fiscal, expresso no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, combinado com o artigo 198 do Código Tributário Nacional.

50. Além da ocorrência de prejuízo na esfera do direito, a realização do protesto de débitos fiscais afeta o desenvolvimento da atividade empresarial, uma vez que, o apontamento de restrição em órgãos de proteção ao crédito, ocasiona o bloqueio de crédito na praça.

51. Deveras, nefastos são seus efeitos aos empresários, que se veem surpreendidos, em questão de horas, com graves restrições de crédito. Assim, a arrecadação do dinheiro público há de se fazer sem sacrifício dos direitos e garantias constitucionais, sendo certo que o protesto da CDA constitui, na prática, verdadeira, adotada com o claro

objetivo de forçar a Impetrante a recolher o valor do crédito tributário, sem a propositura da Execução Fiscal, veículo adequado para tanto.

52. Por isso, o Poder Judiciário não pode ser conivente com tal situação jurídica, de modo que deve agir preventivamente, visando assegurar, a luz do princípio da menor onerosidade, tratado no artigo 620 do vigente Código de Processo Civil⁵, a continuidade do empreendimento, cuja existência serve-se de fonte de capital produtivo em uma das regiões mais carentes da capital paulista, capaz de gerar mais de centenas de empregos diretos e indiretos na Zona Leste de São Paulo, a fim de preservar a continuidade da atividade da empresa.

53. Ou seja, o que se quer afirmar é que a atividade empresarial da Impetrante resulta em empregos, tributos e riqueza, contribuindo, pois, diretamente para o desenvolvimento da sociedade, motivo pelo qual possui papel de fundamental importância na concretização dos direitos sociais e para o resgate do indivíduo como sujeito concreto de direitos.

54. Traduzindo essa ideia para o contexto jurídico, vislumbra-se a **Teoria da Preservação da Empresa**, a qual passou a ser a mola mestra do direito empresarial brasileiro, sobretudo em momento de crise financeira, pois prestigia, a luz da interpretação sistemática do artigo 1º, inciso IV, combinado com o artigo 170, ambos da Constituição Federal, a necessidade de tentativa de continuidade das atividades comerciais, em nome do interesse público em assegurar empregos e a circulação de riquezas, o que não pode ser desconsiderado pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, vale transcrever os princípios fundamentais da República. Confira:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

“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:

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

⁵ “Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

(...)

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 da Impetrante)

55. Embora os comandos constitucionais não se encontrem inseridos na Seção II – Das Limitações do Poder de Tributar – do Texto Constitucional, a **Teoria da Preservação da Empresa** há de ser vista como genuína espécie de princípios constitucionais limitadores ao poder de tributar.

56. Na ponderação do interesse público, consubstanciada na dicotomia do Poder de Tributar vs Função Social da Empresa, deve prevalecer o interesse social da **Preservação da Empresa**, como fundamento a ser alcançado pela República Federativa, na busca dos *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (artigo 1º, inciso IV, da CF/88), principalmente porque atinge de forma direta, benéfica e razoável a esfera jurídica dos três sujeitos: o empregado, geralmente provedor da entidade familiar, o empreendedor e o Estado, clarificando a procedência da sustação dos protestos das indigitadas CDAs, sob pena de paralisação ou, até mesmo, o encerramento das atividades empresarias da Impetrante, fazendo com que os 86 funcionários (documento nº 12), muitos deles provedores da entidade familiar, percam o seu único meio de subsistência e de sua família.

57. A tese que coloca o **Princípio da Preservação da Empresa** como fundamento legal, encontra guarida no artigo 47 da Lei n.º 11.101/05⁶, o qual o positiva no ordenamento jurídico pátrio como sendo instrumento jurídico apto a promover a superação da empresa em dificuldade financeira, em vista dos desígnios dos fundamentos da república insculpidos no artigo 1º, inciso IV, combinado com o artigo 170, da CF/88, acima reproduzidos.

58. Tão grande é a importância da observação do **Princípio da Preservação da Empresa**, como fundamento a ser perseguido pelo Estado, que o E. Pretório Excelso, ao ser instado a se manifestar sobre situação jurídica temerária à atividade empresarial, como é caso dos autos, aplica-o como forma de preservação da entidade, a fim de que seja assegurada a possibilidade de se recuperar da situação de crise, visando promover de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho.

⁶ “Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.” (Grifos da Impetrante)

59. Quem, aliás, muito bem sintetizou esta ideia foi I. Ministro Luis Felipe Salomão, ao proferir voto condutor no julgamento do Recurso Especial n.º 1.187.404/MT, na Sessão de Julgamento da **Corte Especial**, cujos dizeres esclarecedores são no sentido de que:

“Refiro-me ao art. 47, que serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

Com feito, a hermenêutica conferida à Lei n. 11.101/05, no particular relativo à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma.

Vale dizer, em outras palavras, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resulta circunstância que - além de não fomentar - inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores.

Por essa ótica, como já se percebe, a interpretação literal do art. 57 da LRF e do art. 191-A do CTN inviabiliza toda e qualquer recuperação judicial, e conduz ao sepultamento por completo do novo instituto.

Isso porque, em regra, com a forte carga de tributos que caracteriza o modelo econômico brasileiro, é de se presumir que a empresa em crise possua elevado passivo tributário, quando não a verdadeira causa da debilidade.

Assim, a exigência peremptória de regularidade fiscal dificulta, ou melhor, impede, o benfazejo procedimento da recuperação judicial, o que não satisfaz o interesse nem da empresa nem dos credores, incluindo aí o Fisco, uma vez que é somente com a manutenção da empresa economicamente viável que se realiza a arrecadação, seja com repasse tributário direto da pessoa jurídica à Fazenda Pública, seja indiretamente, como, por exemplo, por intermédio dos tributos pagos pelos trabalhadores e das demais fontes de riquezas que orbitam uma empresa em atividade.”

(RESP n.º 1.187.404/MT; Órgão Julgador: Corte Especial do E. STJ; Relator: Luis Felipe Salomão; Data da Publicação/Fonte : DJe 21/08/2013) (Grifos da impetrante)

60. Ainda que não se trate, *in casu*, especificamente de hipótese de Recuperação Judicial, a regra contida no artigo 47 da Lei nº 11.101/05 transcende o aspecto processual no qual é aplicado, para abarcar situação em que o empresário se encontre diante de situação jurídica capaz de impedi-lo de inviabilizar a superação da crise econômica da empresa.

61. Assim, considerando que o objeto tutelado pela norma ora invocada visa – acima de tudo – assegurar a continuidade da atividade empresarial para preservar o desenvolvimento econômico, do trabalho e, até mesmo, da dignidade da pessoa humana, o seu conteúdo normativo há de ser visto como norma geral de direito econômico apto a salvaguardar o direito do empresário de não sofrer medidas constritivas tendentes a dificultar ou inviabilizar a superação da crise financeira.

62. Por essa ótica, não há como negar que o conteúdo normativo do artigo 47, da Lei nº 11.101/05, aplica-se perfeitamente à hipótese dos autos, pois os protestos das CDAs em tela, retiram da Impetrante a possibilidade de tomar crédito rotativo, impedindo-a de obter recursos financeiros para manter a atividade empresarial, além de deixá-la no iminente risco de encerramento do negócio comercial produtivo.

63. A vista disso, vale mais uma vez transcrever as ponderações do I. Ministro Luis Felipe Salomão para a melhor compreensão da necessidade da observância do **Princípio da Preservação da Empresa**, que, em seu voto acima reproduzido, assevera -com muita propriedade- no sentido de que: “(...) a manutenção da empresa economicamente viável que se realiza a arrecadação, seja com repasse tributário direto da pessoa jurídica à Fazenda Pública, seja indiretamente, como, por exemplo, por intermédio dos tributos pagos pelos trabalhadores e das demais fontes de riquezas que orbitam uma empresa em atividade.” Isso não só gera circulação de riqueza no seio da sociedade, como também para o poder público.

64. Nesse sentido, nunca é demais lembrar que a Impetrante, assim como acontece com a maioria das empresas em crise financeira, depende de empréstimos bancários para manter seu fluxo de caixa equilibrado e, assim, manter operacional a sua atividade empresarial, sobretudo para realizar não só o pagamento de fornecedores, como também de salário, nesta última hipótese, sempre efetuado em dia, graças aos empréstimos contraídos, conforme se depreende da folha de salários que gira em torno de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) anexa ao documento nº 8.

65. Nessa linha de raciocínio, é de bom alvitre que se tenha em mente que a Impetrante não está se eximindo do seu dever de pagar o tributo, mas apenas se insurgindo contra a forma de cobrança abusiva. Tanto isso é verdade que ela vem, ainda que

parceladamente, quitando sua dívida fiscal, por se tratar de forma menos onerosa diante da estabilidade financeira que a aflige.

66. Por essa razão, o Poder Judiciário não pode permitir o protesto de CDA, devendo ser sustados os seus efeitos, a fim de que seja prestigiada a continuidade do empreendimento, cuja existência serve-se de fonte de capital produtivo em uma das regiões mais carentes da capital paulista, capaz de gerar mais de centenas de empregos diretos e indiretos na zona leste de São Paulo, prestigiando, com isso, a função social buscada pela Carta Magna, em seu artigo 1º, inciso IV e em seu artigo 170, inciso VII e parágrafo único, como a redução das desigualdades regionais e sociais e a promoção do pleno emprego.

67. Em última análise, não se pode perder de vista que o protesto ora questionado, funda-se na Lei nº 9.492/97, com alteração dada pela Lei nº 12.767/12, eivada de ilegalidade e inconstitucionalidade, por constituir –a toda evidência– medida caracterizada como meio coercitivo na forma de **sanção política**.

68. Contudo, é com estas ponderações que a Impetrante se socorre do Poder Judiciário, **a fim de que lhe seja concedida medida liminar para o fim específico de determinar a sustação dos protestos das inscrições em dívida ativa nºs 1.179.848.824, 1.181.475.149, 1.183.345.383, 1.199.398.519, 1.194.846.047, 1.172.470.655, 1.177.013.834 e 1.178.478.934 (documento nº 9), afastando a arbitrariedade da Procuradoria da Fazenda do Estado.**

III.2. ILIQUIDEZ DOS TÍTULOS OBJETOS DE PROTESTOS

69. Apesar de se mostrar –por si só– ilegal e inconstitucional o protesto de dívida ativa, o crédito tributário que consubstancia o título executivo padece de flagrante falta de iliquidez, pois os índices adotados pelo Estado de São Paulo superam o limite estabelecido pelo Governo Federal, o que tornam, inclusive, inexigíveis os valores levados à protesto.

70. E isso acontece porque, a despeito da declaração de inconstitucionalidade da fixação de índices de atualização de débitos tributários superiores à taxa SELIC, por ocasião do julgamento do RE nº 183.907-4/SP⁷ pela E. Suprema Corte, o

⁷ “São Paulo. Ufesp. Índices fixados por lei local para correção monetária. Alegada ofensa ao art. 22, II e VI, da Constituição Federal. Entendimento assentado pelo STF no sentido da incompetência das unidades federadas para a fixação de índices de correção monetária em percentuais superiores aos fixados pela União para o mesmo fim. Ilegitimidade da execução fiscal embargada no que houver excedido, no tempo, os índices federais. Recurso parcialmente provido.” (Pleno, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 16.04.2004)

Estado de São Paulo mantém, mesmo assim, aplicação de juros em patamar que excede, e muito, aquele praticado pela União.

71. Com o advento da Lei nº 13.918/09 e da Resolução SF nº 21/2013, o Estado de São Paulo trouxe à legislação tributária o índice de 0,13%, como limite máximo de taxa de juros diária, e a taxa SELIC como índice mínimo a ser aplicado.

72. Assim, vê-se que, apesar de contemplada novamente na legislação atual, a taxa SELIC —índice mínimo aplicado a título de juros de mora— não está sendo respeitado como parâmetro limite para correção dos débitos fiscais em atraso.

73. Pois, os índices divulgados na forma do artigo 3º, da Resolução SF nº 21/2013 —por meio de Comunicados DA—, para a competência do ano-calendário de 2015, período que compreende os débitos fiscais protestados, são muitíssimo superiores à SELIC.

74. Deveras, fazendo análise comparativa entre os índices do Estado de São Paulo e a SELIC⁸ (documento nº 13) do mês correspondente, é possível visualizar claramente a flagrante diferença entre os indexadores, de tal sorte que se torna patente a inconstitucionalidade declarada pelo E. Supremo Tribunal Federal, sobre o tema. Veja-se:

PERÍODO	SELIC	ÍNDICES DO ESTADO SP	DIFERENÇA
01/2015	0,94%	1,24% Comunicado DA n.º 74/14 (Doc. 14)	0,30%
02/2015	0,82%	1,12% Comunicado DA n.º 06/15 (Doc. 14)	0,30%
03/2015	1,04%	1,24% Comunicado DA n.º 13/15 (Doc. 14)	0,20%
04/2015	0,95%	1,20% Comunicado DA n.º 22/15 (Doc. 14)	0,25%
05/2015	0,99%	1,24% Comunicado DA n.º 30/15 (Doc. 14)	0,25%
06/2015	1,07%	1,20% Comunicado DA n.º 38/15 (Doc. 14)	0,13%
07/2015	1,18%	1,55% Comunicado DA n.º 46/15 (Doc. 14)	0,37%
08/2015	1,11%	1,55% Comunicado DA n.º 54/15 (Doc. 14)	0,44%
09/2015	1,11%	1,50% Comunicado DA n.º 61/15 (Doc. 14)	0,39%
10/2015	1,11%	1,55% Comunicado DA n.º 70/15 (Doc. 14)	0,44%
11/2015	1,06%	1,50% Comunicado DA n.º 78/15 (Doc. 14)	0,44%

75. Como se vê, a aplicação sistemática da Resolução SF nº 21/2013 e as posteriores edições dos Comunicados DA, de forma alguma, respeitam o limite do Índice Federal adotado pela União, que continua estabelecendo a aplicação do percentual acima da SELIC, a título de juros de mora, incorrendo, assim, em completa ofensa ao artigo 22, inciso II, da CF/88.

⁸ Índice extraído do sítio oficial da Receita Federal do Brasil:
<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/pagamentos-e-parcelamentos/taxa-de-juros-selic#taxaselic>

76. Não foi dada aos Estados competência para legislar sobre a aplicação de juros e correção monetária, sendo totalmente inconstitucional nesse tocante a Lei nº 13.918/09, que inseriu a nova sistemática de cálculo de juros em âmbito estadual.

77. Por outro lado, apenas a título argumentativo, se fosse considerada a remota hipótese da competência concorrente entre a União e os Estados para legislar sobre matéria financeira e econômica, como previsto no artigo 24⁹, da Constituição Federal, essa competência **não** poderia extrapolar os limites já utilizados pela União, conforme entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, que se extraí do voto do Excelentíssimo I. Ministro EROS GRAU, proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 442/SP, como se verifica no trecho abaixo transcrito, confira-se:

*“3. No julgamento do RE . 183.907¹, o plenário assentou que, **embora os Estados-membros sejam incompetentes para fixar índices de correção monetária superiores aos fixados pela União para o mesmo fim, podem fixá-los em patamares inferiores, o que configura autêntico incentivo fiscal.** (...)”*

*6. **Por se tratar de matéria financeira, União e Estados-membros detêm competência legislativa concorrente para sobre ela disporem, nos termos do disposto no artigo 24, inciso I², da CB/88.** Quanto a este ponto, aliás, o Ministro NELSON JOBIM anotou:*

‘Existindo norma da União adotando índice de correção de débitos fiscais federais, funciona ela, em relação aos Estados, como norma geral.’

*7. **O Tribunal concluiu dando à lei paulista interpretação conforme a Constituição, a fim de que o índice adotado pelo Estado não ultrapasse o utilizado pela União.**”*

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 442/SP – STF – Tribunal Pleno – Relator Ministro Eros Grau – DJ: 14/04/2010)

78. De qualquer forma, uma vez fixada -pela União- taxa de juros SELIC, o Estado **não** está autorizado a praticar juros em patamar superior aquele adotado pelo Governo Federal, como o fez por meio da Lei nº 13.918/09.

79. Contudo, para que não haja dúvidas quanto à inconstitucionalidade da Lei nº 13.918/09, vale a pena trazer no bojo da discussão a Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, julgado pelo Órgão Especial Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa segue transcrita abaixo:

⁹ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrente sobre: I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; (...)”

“INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Arts. 85 e 96 da Lei Estadual nº 6.374/89, com redação dada pela Lei Estadual nº 13.918/09 – Nova sistemática de composição de juros da mora para tributos e multas estaduais (englobando a correção monetária) que estabeleceu taxa de 0,13% ao dia, podendo ser reduzida por ato do Secretário da Fazenda, resguardou o patamar mínimo da taxa SELIC – Juros moratórios e correção monetária dos créditos fiscais que são, desenganadamente, institutos de Direito Financeiro e/ou Direito Tributário – Ambos os ramos do Direito que estão previstos em conjunto no art. 24, inciso I, da CF, em que se situa a competência concorrente da União, dos Estados e do DF - §§ 1º a 4º do referido preceito constitucional que trazem a disciplina normativa de correlação entre normas gerais e suplementares, pelos quais a União produz normas gerais sobre Direito Financeiro e Tributário, enquanto aos Estados e ao Distrito Federal compete suplementar, no âmbito do interesse local, aquelas normas – STF que, nesse linha, em oportunidades anteriores, firmou o entendimento de que os Estados-membros não podem fixar índices de correção monetária superiores aos fixados pela União para o mesmo fim (v. RE nº 183.907-4/SP e ADI nº 442) – CTN que, ao estabelecer normas gerais de Direito Tributário, com repercussão nas finanças públicas, impõe o cômputo de juros de mora ao crédito não integralmente pago no vencimento, anotando a incidência da taxa de 1% ao mês ‘se a li não dispuser de modo diverso’ – Lei voltada à regulamentação de modo diverso da taxa de juros no âmbito dos tributos federais que, destarte, também se insere no plano das normas gerais de Direito Tributário/Financeiro, balizando, no particular, a atuação legislativa dos Estados e do DF – Padrão da taxa SELIC que veio a ser adotado para a recomposição dos créditos tributários da União a partir da edição da Lei nº 9.250/95, não podendo então ser extrapolado pelo legislador estadual – Taxa SELIC que, por sinal, já se presta a impedir que o contribuinte inadimplente possa ser beneficiado com vantagens na aplicação dos valores retidos em seu poder no mercado financeiro, bem como compensar o custo do dinheiro eventualmente captado pelo ente público para cumprir suas funções – Fixação originária de 0,13% ao dia que, de outro lado, contraria a razoabilidade e a proporcionalidade, a caracterizar abuso de natureza confiscatória, não podendo o Poder Público em sede de tributação agir imoderadamente – Possibilidade, contudo, de acolhimento parcial da arguição, para conferir interpretação conforme a Constituição, em consonância com o julgado precedente do Egrégio STF na ADI nº 442 – Legislação paulista questionada que pode ser

considerada compatível com a CF, desde que a taxa de juros adotada (que na atualidade engloba correção monetária), seja igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim – Tem lugar, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da interpretação e aplicação que vêm sendo dada pelo Estado às normas em causa, sem alterá-las gramaticalmente, de modo que seu alcance valorativo fique adequado à Carta Magna (art. 24, inciso I, § 2º) – Procedência parcial da arguição”

(Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000 – 13ª Câmara de Direito Público – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Desembargador Relator Paulo Dimas Mascaretti – DJ de 26/03/2013) (Grifos da Executada)

80. Feitas essas considerações, resta efetivamente comprovado que, no débito em cobro **não** deve incidir os juros moratórios trazidos pela Lei n.º 13.918/09, ante a sua ilegalidade e inconstitucionalidade.

81. Portanto, os Protestos dos títulos materializados nas aludidas CDAs **não** possuem certeza, liquidez e exigibilidade, sendo, desse modo, ilidida – de forma cabal – a presunção conferida pelo artigo 3º da Lei n.º 6.830/80¹⁰, motivo pelo qual, por mais esse motivo, devem ser sustados os efeitos dos Protestos ora questionados.

82. Por fim, **registre-se que o presente caso é PECULIAR, tendo em vista que a Impetrante não está apenas tratando de aspectos atinentes a ilegalidade e inconstitucionalidade do protesto de dívida ativa, mas, sim, está PROVANDO documentalmente que a manutenção dos protestos inviabilizarão totalmente suas atividades**. Seguem abaixo os documentos que corroboram suas alegações:

- ✓ Documentos nºs 02 a 05 – Pedidos de Parcelamento que, apesar das dificuldades financeiras, demonstram a boa-fé e a intenção da Impetrante de regularizar a situação fiscal;
- ✓ Documento nº 07 – Extratos bancários extraídos diretamente dos sítios oficiais dos bancos perante os quais a Impetrante mantém contas correntes com saldo negativo;
- ✓ Documentos nºs 08 e 11 – RAIS e Folhas de salários que evidenciam o pagamento, em dia, dos salários dos empregados no montante mensal de R\$ 130.000,00, graças ao crédito rotativo bancário;
- ✓ Documento nº 09 – Ato coator consubstanciado nos protestos das Certidões de Dívida Ativa que obstam a tomada de empréstimos;

¹⁰ “Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.”

- ✓ Documento nº 10 – Situação de Pesquisa Cadastral da Caixa Econômica Federal apontando as referidas CDAs como óbice à **concessão de empréstimo**;
- ✓ Documento nº 11 – Nova Situação de Pesquisa Cadastral acusando apenas oito protestos de CDAs como restrição ao crédito;
- ✓ Documentos nºs 13 e 14 – Taxa SELIC e Comunicado DA que comprovam a Ilíquidez das indigitadas CDAs, atualizadas com base em índices estaduais superiores aos juros cobrados pela União.

IV. A PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR

83. A Impetrante pretende demonstrar, a seguir, a presença dos requisitos que ensejam a concessão da medida liminar que será pleiteada. Vale rememorar que os requisitos para a concessão da liminar encontram-se previstos no artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09, veja-se:

“Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará.

(...)

III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento da pessoa jurídica.”

84. Noutras palavras, uma vez presentes os requisitos, o Juiz deve deferir a medida liminar, o que, do contrário, causará grave prejuízo à Impetrante.

85. O ***periculum in mora*** encontra-se evidente no presente caso, pelo simples fato de que os Protestos das CDAs 1.179.848.824, 1.181.475.149, 1.183.345.383, 1.199.398.519, 1.194.846.047, 1.172.470.655, 1.177.013.834 e 1.178.478.934, já efetivados vêm causando graves prejuízos financeiros para Impetrante, pois encontra-se impossibilitada de tomar empréstimo financeiro rotativo para custear as suas despesas mais básicas, como folha de salários em torno de R\$ 130.000,00 (documento nº 8), fornecedores e, até mesmo, a quitação das prestações dos parcelamentos de tributos.

86. A restrição de crédito bancário, por decorrência dos Protestos, pode ocasionar, caso estes não sejam sustados, a paralização das atividades empresariais e, consequentemente, o fechamento da empresa.

87. Devido à crise financeira que assola atualmente a economia brasileira, a Impetrante deixou de obter, a algum tempo, o faturamento necessário, inclusive, para a manutenção de suas atividades, obrigando-a a tomar empréstimos para recompor o seu fluxo de caixa e o saldo negativo bancário (documento nº 7), de modo a permitir o cumprimento de boa parte de suas obrigações assumidas.

88. Apesar desse cenário desfavorável, cabe registrar que a Impetrante vem, na medida do possível, tendo - ao máximo - regularizar a sua situação fiscal perante o Fisco Estadual Paulista, ao realizar a adesão de parcelamentos ordinário e especial, diante da impossibilidade de se efetuar o seu pagamento à vista.

89. Daí porque se exsurge, *in casu*, a necessidade da aplicação da **Teoria da Preservação da Empresa** como *fumus boni iuris* do presente writ, amparada no princípio da livre iniciativa contemplado no artigo 170 da CF/88, de modo assegurar, inclusive com base no princípio da menor onerosidade tratado no artigo 620 do CPC, a continuidade das atividades empresariais, cuja existência serve-se de fonte de capital produtivo em uma das regiões mais carentes da capital paulista, capaz de gerar mais de centenas de empregos diretos e indiretos no bairro de Itaquera, zona leste de São Paulo.

90. E assim tem entendido a jurisprudência do E. STJ, que, através de seu Órgão Julgador da **Corte Especial**, no julgamento do RESP n.º 1.187.404/MT prestigia a aplicação do **Princípio da Preservação da empresa**: “Refiro-me ao art. 47, que *serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica"*”.

91. Atento a esta situação, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, sensível a dificuldade financeira das empresas, passou, em recentes decisões proferidas nos autos da Apelação Cível n.º 1003487-26.2015.8.26.0554 (9ª Câmara) e do Agravo de Instrumento n.º 20045484-15.2015.8.26.0000 (6ª Câmara), acima reproduzidas, a reconhecer ilegalidade do protesto de CDA, justamente por se mostrar abusiva e desproporcional, cujos conteúdos decisórios refletem o atual entendimento jurisprudencial acerca do tema.

92. Nesse sentido, cabe lembrar que, há mais de 10 (dez) anos, a Impetrante impulsiona o crescimento sustentável da zona leste, em especial no bairro de Itaquera, não só da perspectiva da economia local, através da criação de centenas de empregos diretos e indiretos, como também do ponto de vista social, pois, o oferecimento de postos de trabalho na região, tende a contribuir eficazmente na diminuição do grande fluxo

de trabalhadores que se deslocam de sua residência localizada na zona leste para outras localidades, bem como desafoga a intensa procura de atendimento público hospitalar, diante da concessão de planos de saúde.

93. Além disso, a **fumaça do bom direito** também encontra-se albergada na ilegalidade e inconstitucionalidade da Lei nº 9.492/97, com alteração dada pela Lei nº 12.767/2012, a qual se mostra eivada de inconstitucionalidade, por se revestir de medida com clara afeição de **sanção política**, contrariando a orientação das Súmulas nºs 70, 323 e 547, ora invocadas por analogia, motivo pelo qual o protesto da CDA se afigura indevido.

94. Tamanho é arbitrariedade e o abuso de direito, que a Lei nº 12.767/12 já teve a sua constitucionalidade colocada em xeque, por meio de ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucional nº 5135, em trâmite perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal, onde aguarda julgamento.

95. Também, não se pode perde de vista que o direito líquido e certo da Impetrante de não sofrer medidas constritivas de cobrança de débito fiscal, cujo valor se mostra ilíquido e inexigível, em decorrência da aplicação de juros abusivos, fora dos parâmetros legais e constitucionais, conforme demonstrado acima.

96. Saliente-se, por oportuno, que a concessão de liminar **não** acarretará quaisquer prejuízos ao fisco, pois está a sua disposição os termos da Lei de Execução Fiscal para efetivar de forma cobrança sem arbitrariedade; não lhe retirará tais poderes e, tampouco, desconstituirá a obrigação tributária, mas, *in casu*, **apenas evitará a ocorrência de graves prejuízos ao contribuinte —Impetrante—, posto que a efetivação dos Protestos das CDAs em tela, mostra-se totalmente indevido.**

97. Com efeito, com a manutenção do protesto, a Impetrante ficará impossibilitada de tomar empréstimo rotativo e, com isso, ocorrendo iminente risco de paralisação ou, até mesmo, o encerramento das atividades empresarias, fazendo com que os 86 funcionários, muitos deles provedores da entidade familiar, percam o seu único meio de subsistência e de sua família.

98. De todo modo, preciosas são as lições do saudoso jurista Hely Lopes Meirelles, em seu célebre “*Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública*”, 11ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, que ensina:

“(...) a concorrência de liminar não importa em pré julgamento, não afirma direitos; nem nega poderes à Administração. Preserva apenas o Impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do

ato impugnado. A LIMINAR NÃO É LIBERALIDADE DA JUSTIÇA; é medida acauteladora do direito da Impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem seus pressupostos”.

99. Assim, tendo sido demonstrados os requisitos necessários para a concessão da medida liminar, a Impetrante faz jus à concessão do provimento emergencial, para que sejam sustados os Protestos das CDAs n.º 1.179.848.824, 1.181.475.149, 1.183.345.383, 1.199.398.519, 1.194.846.047, 1.172.470.655, 1.177.013.834 e 1.178.478.934, bem como ordenar ao Impetrado que se abstenha de efetivar protesto de furaras CDAs.

V. CONCLUSÃO E PEDIDOS

100. Ante todo o acima exposto, a Impetrante tem por cabalmente demonstrada arbitrariedade e o abuso de direito do Impetrado em protestar as CDAs em referência, como medida coercitiva para a cobrança do ICMS nelas plasmado, em face da ilegalidade e inconstitucionalidade da Lei nº 9.492/97, com alteração dada pela Lei nº 12.767/12, cujo teor normativo autoriza o ente tributante efetivar o protesto de tributos em cobrança, por constituir – a toda evidência – medida caracterizada como meio coercitivo na forma de **sanção política**.

101. Com esse intuito, a Impetrante requer que seja concedida **medida liminar**, *inaudita altera pars*, para que sejam sustados os Protestos das Certidões de Dívida Ativa n.ºs 1.179.848.824, 1.181.475.149, 1.183.345.383, 1.199.398.519, 1.194.846.047, 1.172.470.655, 1.177.013.834 e 1.178.478.934, expedindo-se, para tanto, ofício aos Tabeliões de Protesto, nos endereços indicados no documento nº 9, ordenando-se, assim, a sustação de todos os protestos, bem como seja expedida ordem judicial ao Impetrado para que se abstenha de proceder futuros protestos de CDAs, diante da patente ilegalidade e inconstitucionalidade da medida, conforme demonstrado linhas atrás.

102. Requer, também, seja a D. Autoridade Coatora notificada para que preste as informações que entender necessárias, observado o prazo legal. Seja ainda oficiado o Ilustre representante do Ministério Público, para que apresente seu parecer.

103. A Impetrante requer, ademais, que no mérito seja **CONCEDIDA A SEGURANÇA**, para que seja confirmada, em definitivo, a liminar que se espera seja deferida, e conseqüentemente, seja determinada o cancelamento de todos os protestos, bem como seja assegurado o direito líquido e certo de não sofrer protesto futuro, ante a demonstração da **ilegalidade e inconstitucionalidade da Lei nº 9.492/97, com alteração**

dada pela Lei nº 12.767/12, em relação à permissão legal de se levar a protesto o débito relativo a tributo.

104. Outrossim, devido à disponibilização de dados financeiros e bancários da Impetrante, bem como de sua delicada situação econômica, pugna-se, com base na garantia constitucional do sigilo à informação descrita sistematicamente no artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, pelo **deferimento da decretação do segredo de justiça**, a fim de evitar maiores prejuízos nas suas relações comerciais.

105. Ainda, os procuradores Drs. **EDUARDO CORREA DA SILVA**, advogado, casado, inscrito na OAB/SP sob o nº 242.310, e **GILBERTO RODRIGUES PORTO**, advogado, casado, inscrito na OAB/SP sob o nº 187.543, devidamente constituídos, declaram a autenticidade dos documentos acostados ao presente *mandamus*, para os devidos fins e efeitos de direito.

106. Por derradeiro, requer que todas as intimações e publicações relativas a presente ação sejam realizadas em nome dos subscritores desta, com escritório na Avenida Paulista, nº 726, 17º andar, CEP.: 01310-910, no Município de São Paulo, Estado de São Paulo.

107. Termos em que, D. R. e A. a presente, com os anexos documentos, obedecidas todas as cautelas legais e demais requisitos processuais, e dando-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para efeitos meramente fiscais.

pede deferimento.

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

EDUARDO CORREA DA SILVA
OAB/SP nº 242.310

GILBERTO RODRIGUES PORTO
OAB/SP nº 187.543

GIULLIANO MARINOTO
OAB/SP nº 307.649