

Liminares para suspensão do pagamento de tributos no contexto da pandemia

Rodrigo Cipriano dos Santos Risolia. Mestre em Direito Tributário pela USP. Advogado tributarista em Curitiba. E-mail: rodrigo@ciprianorisolia.adv.br

Assuntos judiciais dominam diariamente os jornais há mais de uma década. Não seria diferente neste período da pandemia do COVID-19, que acabamos de entrar e mal sabemos quando, e como, vamos sair. Em um mês, vimos as bolsas de valores “derreterem”, cidadãos se enclausurarem em suas casas e a produção e o consumo da maioria dos bens e serviços despencarem, apenas mencionando o aspecto econômico, sem levar em consideração as vidas perdidas. Em um cenário como esse, oposições de interesses surgem na velocidade da propagação do vírus e a judicialização se torna inevitável.

Temos a pandemia como pano de fundo de diversas ações nas áreas mais diversas do direito. Não poderia ser diferente com o Direito Tributário, onde a tensão entre fiscos e contribuintes é constante e se acirra ainda mais em época de crise.

Contribuintes pleiteiam suspensão da exigência do ICMS com base no Convênio nº 169 do Confaz, que autoriza a instituição pelos Estados de “moratória, parcelamento e ampliação de prazo para o pagamento de ICMS em situação de calamidade pública declarada”, inclusive com deferimento de liminar em ação movida por uma pequena empresa.¹ Quer dizer, mesmo o conteúdo normativo do convênio estando adstrito à mera autorização para que os Estados instituíam, dentro de suas possibilidades – um favor legal – decisões concedendo liminares suplantam a lei local.

¹ EMPRESAS usam nova tese em pedidos de suspensão de ICMS. **Valor Econômico**, São Paulo, 01/04/2020, Seção Legislação. Disponível em <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/04/01/empresas-usam-nova-tese-em-pedidos-de-suspensao-de-icms.ghtml>. Acessado em 01/04/2020.

Em situação similar, no âmbito federal, contribuintes obtiveram liminares para prorrogar o vencimento de suas obrigações tributárias com base na Portaria nº 12/2012 do antigo Ministério da Fazenda, que estabelece essa possibilidade quanto aos tributos "devidos pelos sujeitos passivos domiciliados nos municípios abrangidos por decreto estadual que tenha reconhecido estado de calamidade pública."²

Decisões como essa podem incentivar diversas empresas a fazerem o mesmo, inclusive movendo mais de uma ação para ampliar sua chance de êxito, como também já noticiado.³

O que há de positivo nisso é que os magistrados têm se mostrado sensíveis ao tema. Entretanto, sempre foi pacífica a jurisprudência no sentido de que o Judiciário deve respeitar o princípio da separação dos poderes, não podendo atuar como legislador positivo. Então, como lidar com o fato de empresas terem seu faturamento drasticamente reduzido, com custos fixos elevados, sem qualquer previsão para a manutenção dos empregos?

A serenidade se faz necessária. Apesar de ser notória a dificuldade econômica, ela é comum à quase totalidade das empresas. Há pressão social para que os governos adotem providências para ajudar as organizações e salvar empregos, e algumas já foram tomadas.⁴ Ao menos em um primeiro momento, o Judiciário deveria ser mais criterioso em autorizar o não pagamento por um período, ainda que esse seja curto. Diferentemente de uma crise exclusivamente econômica, a solução imediata para a pandemia não depende de incentivos

² JUIZ suspende pagamento de tributos federais por rede de supermercados mineira. **Valor Econômico**, São Paulo, 01/04/2020, Seção Legislação. Disponível em <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/04/01/juiz-suspende-pagamento-de-tributos-federais-por-rede-de-supermercados-mineira.ghtml>. Acessado em 01/04/2020.

³ EMPRESA com liminar no DF para adiar pagamento de tributos teve pedido negado no PR. **Valor Econômico**, São Paulo, 27/03/2020, Seção Legislação. Disponível em <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/03/27/empresa-com-liminar-no-df-para-adiar-pagamento-de-tributos-teve-pedido-negado-no-pr.ghtml>. Acessado em 01/04/2020.

⁴ <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/marco/confira-as-medidas-tomadas-pelo-ministerio-da-economia-em-funcao-do-covid-19-coronavirus>

fiscais para incremento da atividade empresarial – que é salutar e deve ser pensada para um segundo momento –, mas sim de gastos diretos e vultosos em saúde e subsídios à população carente. Ou seja, as liminares concedidas, em princípio, são contrárias ao combate à epidemia do Covid-19.

A suspensão do pagamento de tributos reduz a arrecadação e pode afetar as políticas públicas que ora se fazem urgentes. Parece irrisório quando tratamos de uma pequena empresa, mas as decisões servem de fundamento para outras, o que facilita a consolidação de um entendimento jurisprudencial sem muita atenção às condições inerentes de cada caso. Ademais, em futuro próximo serão impetrados mandados de segurança coletivos por associações de classe, em que a receita de bilhões de reais poderá estar à sorte de uma única ação.

Tais liminares também atrapalham o planejamento econômico pelos entes, que precisam considerar mais uma variável na instituição de políticas de emergência.

As decisões podem também afetar o mercado pela eventual distorção da concorrência causada pela concessão de liminares a alguns contribuintes.

Vemos também decisões judiciais suspendendo efeitos de liminares concedidas nesses termos. A decisão do Presidente do TJSP na Suspensão de liminar nº 2066138-12.2020.8.26.0000 ressalta esse aspecto, ao versar que, em suma, além de a moratória tributária dever ser instituída por lei, conforme art. 152, parágrafo único do CTN, o Judiciário não pode "*substituir o critério de conveniência e oportunidade da Administração*" uma vez que, em época de crise, não dispõe de elementos suficientes para adoção de medida adequada. Ademais, adentra ao tema da necessidade dos recursos dos tributos para o combate à pandemia, e ainda faz duas observações do ICMS, uma de que ele incide proporcionalmente às operações realizadas pelos contribuintes, e duas, que, nos casos da substituição tributária subsequente, o contribuinte deixará de recolher tributo inerente à futura operação de circulação de mercadoria.

Não se prega que o Judiciário fique alheio aos efeitos da crise econômica e apenas repita precedentes que afirmam a impossibilidade de o juiz atuar como legislador positivo. Defende-se que o magistrado tenha consideração holística sobre o problema, levando em conta as alternativas que os governos estão propondo, a situação do contribuinte em concreto e os efeitos da decisão. Se as medidas governamentais se mostrarem ineficientes ou muito aquém do que pode oferecer, esse posicionamento deve ser revisto para flexibilizar o cumprimento de obrigações por parte dos contribuintes. Entretanto, o que se tem visto é atenção dos governos federal e estaduais às empresas, adotando medidas conforme suas possibilidades.

Pode parecer que essa proposta seja consequencialista, da mesma forma que são tais pleitos dos contribuintes, pois o texto legal não confere expressamente algum direito nesse sentido. Sequer a Portaria nº 12/2012 porque, primeiramente, é ato administrativo normativo que insere prorrogação do pagamento dos tributos conforme mera deliberação do chefe do Ministério da Economia (antiga Fazenda), justamente de acordo com o juízo de oportunidade e conveniência do Ministro. Não obstante, essa medida foi criada em um outro contexto, para calamidades pontuais, o que, efetivamente, não tumultuaria gravemente a atuação do estado.⁵

Portanto, o aplicador do direito tem o dever de construir a solução justa e equitativa de acordo com os fatores econômicos e as medidas implementadas pelos governos na ocasião da decisão.

⁵ Fundamentação semelhante foi adotada na decisão que suspendeu a liminar concedida na origem, no agravo de instrumento nº 5012948-36.2020.4.04.000 do TRF da 4ª Região.