

Por que processar o governo é uma obrigação?

É inviável aguardar uma sinalização sobre o sucesso de determinada discussão tributária no Brasil

Por Gustavo D. V. B. da Silva e Adalberto Braga Neto

06/05/2022 05h06 · Atualizado há 3 dias

A provocação do título tem como objetivo alertar o gestor tributário, o empresário e todo aquele que quer cuidar bem do seu dinheiro que uma mudança de postura é necessária no contexto atual. Já não cabe aguardar a consolidação da jurisprudência para iniciar a discussão sobre o pagamento de um tributo não devido.

Processar o governo é medida de justiça fiscal, equilíbrio concorrencial e exigência básica de gestão de quem é responsável pelo dinheiro.

É inviável aguardar uma sinalização sobre o sucesso de determinada discussão tributária no Brasil

Sugira a um cidadão inglês ou alemão processar seu próprio governo e verá em seus olhos indignação e ouvirá “mas está errado processar o governo, eu que devo me adequar ao sistema”. Surpreenda-se, por outro lado, quando sem maiores questionamentos a Fazenda Pública desses países depositarem voluntariamente valores em caso de pagamento a maior de tributos. Ali impera a segurança e a previsibilidade.

Aqui, por outro lado, até o passado é incerto (sim, o fato já aconteceu, mas será mesmo que foi assim?) E não é que o empresário brasileiro é mais malicioso, um malandro por assim dizer. Na verdade, são as circunstâncias que o obriga a agir de modo diverso. E, muita calma, não estamos sugerindo a máxima falaciosa de que

“só ganha quem sonega”, um dos grandes males deste país, mas chegando à conclusão de que “quem não luta por pagar menos não ganha” (ou perde muito).

Mas o que houve para que o alarme disparasse? Algumas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria tributária trouxeram ao lume a figura da modulação de efeitos, isto é, a determinação de limites sobre uma decisão, seja em tempo ou redução de consequências.

Infelizmente, o que nasceu para ser uma exceção, voltada a impedir grandes impactos econômicos e sociais, virou quase uma regra de validação da ilegalidade.

Em vários temas, o STF tem definido a aplicação prospectiva, apenas para o futuro, de decisão que autoriza o não pagamento de tributos. Assim o foi na afamada “tese do século” (exclusão do ICMS do PIS e da Cofins - RE 574706) e tantos outros temas nos últimos meses: quando se definiu que incide ISS, e não o ICMS, sobre operações de software (ADIs 1945 e 5659), no afastamento da incidência do ITCMD sobre doações e heranças de bens no exterior (RE 851108), ou quando determinou a incidência de ISS e não do ICMS sobre a manipulação de medicamentos em farmácia (RE 605552).

A orientação desses julgamentos foi, então, de que quem tivesse se antecipado e discutido o pagamento reconhecidamente indevido, promovendo ação judicial antes da decisão, poderia recuperar o que pagou sem dever. Contudo, quem tivesse aguardado providências do Judiciário poderia parar de pagar, mas não restituir.

Veja-se que é impossível não enxergar um estímulo ao litígio nesse cenário. E um estímulo ao governante para seguir exigindo mais do que deve.

E a questão se agravou. Até o fim de 2021 vinha prevalecendo na posição do STF que a linha de corte entre quem tem direito a restituir e quem não tem seria (i) a publicação da decisão que afastou o tributo ou (ii) a decisão posterior, em geral em sede de embargos de declaração, que tratou especificamente da modulação de efeitos. Havia um lapso temporal entre a sinalização da posição da Corte (julgamento) e o marco limitador da propositura de ação judicial para a restituição. Deliberou o STF em dezembro de 2021, na ADI 5469, ao esclarecer a aplicação da modulação de efeitos sobre a decisão que afastou o pagamento do diferencial de alíquotas (Difal-ICMS) em operações interestaduais com não contribuintes, que a linha de corte seria a data do julgamento, não mais publicação ou embargos de declaração.

Logo, é inviável aguardar uma sinalização sobre o sucesso de determinada discussão tributária. Quem não se antecipa paga a conta do ato ilegal ou inconstitucional praticado pelo governo. Validou-se, do lado governamental, a prática do “crime compensa”, porque mesmo indevido será recebido. E, por outro lado, apontou-se a espada à testa do empresário para que discuta tudo o quanto entenda indevido, o quanto antes.

Não se está a falar - com o processar o Estado - do chamado aproveitamento das ditas “oportunidades tributárias”, busca de benefício tributário ou algo assim, mas sim de uma conduta para garantir conformidade legal.

Imaginemos que o empresário “A” consulta seu advogado em 2012 sobre um tributo e obtém resposta de que é indevido. Resolve promover uma discussão judicial e, como usual, percorre o trajeto judicial ao longo de alguns anos. A seu turno o empresário “B” resolve aguardar, discordando do mesmo pagamento, mas não querendo gastar com a discussão e “não acreditando que a tese vingará num Judiciário politizado”. Em 2021, o STF enfim analisa a matéria e decide que o tributo é indevido. Mas, aquele mesmo “Judiciário politizado” sensibiliza-se com o argumento fazendário de que o impacto é muito grande e modula os efeitos de sua decisão, admitindo, fictamente, que uma inconstitucionalidade possa ser suspensa em tempo e efeito, decidindo que dali por diante não deve ser pago, mas que não devem haver restituição a quem não discutia.

A empresa "A" é concorrente direta de "B", brigam nos centavos. Pois bem, ambos pagaram o mesmo tributo indevido, mas "A" terá quase 15 anos de recolhimentos restituídos, enquanto "B" não. Errado estava quem cobrou, não "B", mas as circunstâncias atuais nos fazem afirmar que "B" rasgou dinheiro. Seria ele um mau gestor?

Os ingleses, alemães e suíços que nos desculpem, mas no Brasil o empresário "B" não soube gerir corretamente sua empresa e desperdiçou seu dinheiro. A escola de administração chamada Brasil nos ensina mais uma. Alguém aceita uma jabuticaba?

Gustavo Dalla Valle Baptista da Silva e Adalberto Braga Neto são, respectivamente, especialista em gestão tributária e sócio de Leite de Barros Zanin Advocacia (LBZ) e coordenador da área de contencioso tributário do mesmo escritório

Este artigo reflete as opiniões do autor, e não do jornal Valor Econômico. O jornal não se responsabiliza e nem pode ser responsabilizado pelas informações acima ou por prejuízos de qualquer natureza em decorrência do uso dessas informações