

**TJDFT**

Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

Órgão 3ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO CÍVEL 0702419-28.2020.8.07.0018

APELANTE(S) CERVEJARIA PETROPOLIS S/A, CERVEJARIA PETROPOLIS S/A, CERVEJARIA PETROPOLIS DO CENTRO OESTE LTDA, CERVEJARIA PETROPOLIS DA BAHIA LTDA e CERVEJARIA PETROPOLIS DE PERNAMBUCO LTDA

APELADO(S) DISTRITO FEDERAL

Relator Desembargador ALVARO CIARLINI

Acórdão Nº 1312129

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. PANDEMIA. CORONOVÍRUS. RESTRIÇÕES À ATIVIDADE COMERCIAL. MORATÓRIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CONVENIÊNCIA OPORTUNIDADE. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Na hipótese a questão de fundo devolvida ao conhecimento deste Egrégio Tribunal de Justiça consiste em deliberar a respeito da possibilidade de suspensão momentânea do vencimento das obrigações tributárias relativas ao ICMS.
2. A moratória consiste em modalidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário que, em última análise, favorece o contribuinte por meio da postergação da data de vencimento das respectivas obrigações (art. 151, inc. I, do Código Tributário Nacional). 2.1. Não prospera a tese articulada pelas apelantes no sentido de que a postergação pretendida difere do instituto da moratória previsto na legislação tributária. 2.2. A concessão de moratória ao contribuinte está inexoravelmente submetida ao princípio da legalidade, sendo certo que essa matéria deve ser tratada de acordo com os lindes estabelecidos pelo art. 153 do CTN. 2.3. Diante da ausência de lei a respeito da questão, não é legítima a expectativa nutrida pelas demandantes no sentido de que o Poder Judiciário atue na posição de “legislador positivo”, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade tributária, com o objetivo de conceder moratória de modo individualizado por meio judicial. 2.4. Dúvidas não há, portanto, de que eventual concessão de moratória deve ficar adstrita ao âmbito de conveniência e oportunidade da Administração Pública e tem como requisito indispensável a edição de lei em sentido estrito.
3. Não se pode perder de vista que o imposto em discussão tem como fato gerador as operações efetivamente realizadas (circulação de mercadorias e prestação de serviços). 3.1. Assim, se menos

operações são realizadas em razão do cenário de pandemia que implicou restrições ao exercício da atividade comercial desenvolvida pelas autoras, certa é a redução da carga tributária. 3.2. Por essa razão, não pode ser vislumbrada eventual ofensa aos princípios apontados na petição inicial, como a capacidade contributiva e a justiça fiscal, sendo oportuno registrar também que o ICMS é tributo cuja carga é efetivamente suportada pelo consumidor final.

4. Mesmo diante das medidas tomadas pelo Poder Público para conter o avanço da pandemia, não há demonstração de que as apelantes foram atingidas de forma direta e significativa a ponto de justificar o acolhimento da pretensão de postergação do pagamento do ICMS com base na teoria do fato do príncipe. 4.1. Convém ressaltar que a aplicação da citada teoria, ainda que por analogia, exigiria a demonstração de nexo de causalidade direto entre a medida estatal e o aumento dos encargos sociais para as rés, em desigualdade com os demais membros da sociedade. Somente assim seria justificável, em tese, a adoção de medidas para compensar a eventual distribuição desigual desses encargos. 4.2. No entanto, essa situação também não ficou demonstrada pelas apelantes.

5. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ALVARO CIARLINI - Relator, GILBERTO DE OLIVEIRA - 1º Vogal e FÁTIMA RAFAEL - 2º Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora FÁTIMA RAFAEL, em proferir a seguinte decisão: CONHECER E NEGAR PROVIMENTO, UNANIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 18 de Dezembro de 2020

Desembargador ALVARO CIARLINI
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por **Cervejaria Petropolis de Pernambuco Ltda, Cervejaria Petrópolis da Bahia Ltda, Cervejaria Petrópolis do Centro Oeste Ltda e Cervejaria Petrópolis S/A** contra a sentença (Id. 18327681) proferida pelo Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, que julgou o pedido improcedente.

Na origem as sociedades empresariais **Cervejaria Petropolis de Pernambuco Ltda**, **Cervejaria Petrópolis da Bahia Ltda**, **Cervejaria Petrópolis do Centro Oeste Ltda** e a sociedade anônima **Cervejaria Petrópolis S/A** ajuizaram ação submetida ao procedimento comum, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, com a finalidade de obter a suspensão dos vencimentos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) por 90 (noventa) dias, a contar da data de cada vencimento, ou, sucessivamente, o afastamento da cobrança de juros e multa pelo período de 90 (noventa) dias.

Em sua causa de pedir os demandantes narraram que, como consequência da declarada pandemia mundial do novo coronavírus (SARS-Cov-2) e das respectivas medidas de enfrentamento, notadamente de isolamento social, passaram a sofrer com a diminuição do volume de suas vendas, tendo havido mesmo a paralisação, de algumas das atividades empresariais desenvolvidas pelos demandantes, relacionadas ao ramo de produção, distribuição e venda de bebidas alcoólicas.

Argumentaram que o atual contexto social e econômico tem produzido efeitos negativos nas atividades empresariais e, por consequência, no faturamento das demandantes. Aduzem que essa situação justifica a suspensão das datas de vencimento das obrigações tributárias referentes ao ICMS.

Afirmaram que os Poderes Executivos da União e do Distrito Federal emitiram ato declaratório da situação de calamidade pública, bem como que o Excelso Supremo Tribunal Federal suspendeu a exigibilidade da dívida pública das unidades da federação com a União com fundamento na situação já descrita.

Aduziram que o comitê gestor do Simples Nacional editou ato que prorrogou o vencimento dos tributos respectivos pelo prazo de 90 (noventa) dias, mas o Poder Executivo é omissivo em relação aos empresários que não estão abrangidos pelo aludido regime de tributação.

Salientaram que os Convênios CONFAZ nº 169/2017 e nº 181/2017 possibilitam a moratória do referido imposto em caso de declaração de calamidade pública, como ocorre no presente caso.

Defenderam, assim, a necessidade de postergação da data de vencimento do ICMS até o retorno do cenário de normalidade. Ressaltaram que essa providência é essencial para que as autoras tenham alguma chance de suportar a paralisação geral causada pelo cenário de pandemia. Acrescentaram que a exigência do pagamento dos tributos na atual conjuntura viola os princípios da capacidade contributiva, justiça fiscal e livre iniciativa.

Decorrida a marcha processual o Juízo singular julgou o pedido improcedente. Na oportunidade, afirmou que as autoras tecnicamente pleiteiam a suspensão da exigibilidade do crédito tributário por meio da moratória, que somente pode ser concedida pela pessoa jurídica de direito público respectiva.

Destacou também que o imposto em questão somente será devido na hipótese de efetiva comercialização do produto, ressaltando tratar-se de imposto não cumulativo, de modo que não há demonstração de prejuízo financeiro. Afirmou, quanto ao mais, que o Poder Judiciário não tem competência para interferir na política fiscal do Distrito Federal.

Em suas razões recursais (Id. 18327685) as apelantes afirmam que a postergação do pagamento do ICMS é essencial para que consigam superar a paralisação geral causada pela pandemia mundial do novo coronavírus (SARS-Cov-2), sendo creto que a aludida medida é amparada pelos Convênios ICMS nº169/2017 e 181/2017, editados pelo CONFAZ,

Reafirmaram que a manutenção da exigência dos tributos em um contexto de calamidade pública viola os princípios da capacidade contributiva, justiça fiscal e livre iniciativa. Salientaram que a prorrogação pretendida é necessária ainda para garantir o pagamento do salário de seus mais de 26.000 empregados.

Asseveraram que o instituto da moratória não se confunde com a postergação de vencimento do prazo para recolhimento do tributo. Salientam que a moratória depende de lei, mas a postergação do vencimento depende de um simples ato.

Acrescentam que a Portaria nº 12/2012, publicada pelo Ministério da Fazenda, permite a postergação do recolhimento de tributos de competência federal, a qual deve ser utilizada por analogia e equidade em favor das demandantes.

Sustentaram ser o caso de aplicação da teoria do Fato do Príncipe, tendo em vista que as limitações impostas de forma inesperada pelas autoridades públicas e sanitárias acabaram por resvalar na vida econômica das empresas e dos cidadãos.

Nesse contexto, requerem a reforma da sentença para que o pedido seja julgado procedente.

A guia de recolhimento do preparo e o respectivo comprovante de pagamento foram acostados aos autos (Id. 18327686 e Id. 18327687).

O apelado ofereceu contrarrazões (Id. 18327690), ocasião em que pugnou pelo desprovimento do recurso interposto.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador ALVARO CIARLINI - Relator

O recurso interposto merece ser conhecido, pois se encontram preenchidos seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos, sendo tempestivo e adequado à espécie.

No caso, a questão de fundo devolvida ao conhecimento deste Egrégio Tribunal de Justiça consiste em deliberar a respeito da possibilidade de suspensão momentânea do vencimento das obrigações

tributárias relativas ao ICMS.

O regime jurídico administrativo impõe à Administração Pública, de modo geral, o dever de guiar-se pelo princípio da legalidade para que eventuais restrições à liberdade individual sejam legitimadas pelo devido processo legislativo (art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

No âmbito das atribuições tributárias conferidas ao Estado, o referido princípio tem sua importância destacada pelo art. 150, inc. I, do Texto Constitucional, tendo em vista o elevado grau de intromissão, eventualmente gerado pelo poder de tributar, na esfera patrimonial do contribuinte. Por essa razão, a constituição dos elementos da obrigação tributária deve ser necessariamente regida pela lei em sentido estrito (art. 97 do Código Tributário Nacional).

Para evitar distorções na instituição e exigibilidade dos encargos tributários, com o intuito de evitar a imposição de restrições ou de benesses seletivas aos contribuintes, as medidas de desoneração tributária também devem ser regidas pelo princípio da legalidade (art. 150, § 6º, da Constituição Federal).

Apesar de não ser uma espécie de limitação ao poder de tributar e de não ser classificada como benefício fiscal propriamente dito, a moratória consiste em modalidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, que, em última análise, favorece o contribuinte por meio da postergação da data de vencimento das respectivas obrigações tributárias (art. 151, inc. I, do Código Tributário Nacional).

A respeito do tema, Paulo de Barros Carvalho ^[1] assim leciona:

“Entrando em jogo o interesse público, como no campo das imposições tributárias, vem à tona o fundamental princípio da indisponibilidade dos bens públicos, razão por que **o assunto da moratória há de ser posto em regime de exclusiva legalidade. Sua concessão deve ser estabelecida em lei** e pode assumir caráter geral e individual. O diploma pode ser expedido por qualquer das pessoas políticas investidas de competência tributária, naturalmente reportando-se aos seus gravames. Contudo, assegura-se à União a prerrogativa de conceder moratória quanto a tributos estaduais e municipais, desde que, simultaneamente, também a conceda com relação aos seus, isto é, aos federais. Concebida em feição individual, a lei especificará a autoridade administrativa habilitada a proferir o despacho concessivo.” (Ressalvam-se os grifos)

Convém ressaltar que a moratória é a dilatação legal do prazo de pagamento do tributo devido, e é regulada pelo Código Tributário Nacional em seus artigos 152 a 155. Assim, não pode ser acolhida a tese articulada pelas apelantes no sentido de que a postergação pretendida difere do instituto da moratória previsto na legislação tributária.

Como bem pontuou o ilustre Juízo singular, o que as demandantes pleiteiam, de fato, é a suspensão da exigibilidade do crédito tributário por meio da moratória.

Assim, a concessão de moratória ao contribuinte está, como acima mencionado, inexoravelmente submetida ao princípio da legalidade, sendo certo que essa matéria deve ser tratada de acordo com os lindes estabelecidos pelo art. 153 do CTN.

É importante registrar que no âmbito do ICMS, imposto cuja inegável complexidade normativa resultou na chamada “Guerra Fiscal” entre as Unidades da Federação, as isenções, incentivos e benefícios devem ser concedidos e revogados por meio de deliberação do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), nos termos do art. 155, § 2º, inc. XII, alínea “g”, da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 24/1975.

Como destacaram as recorrentes em suas razões recursais, o Convênio ICMS nº 169/2017, editado pelo CONFAZ, regulamenta a possibilidade de moratória em caso de declarada situação de calamidade pública e a enuncia em sua cláusula quinta por meio do seguinte texto:

“Cláusula quinta Quanto à **moratória** e ao parcelamento, é facultado:

I - reabrir o prazo de pagamento do imposto vencido, sem quaisquer acréscimos, aos sujeitos passivos vítimas de calamidade pública, assim declarada por ato expresso da autoridade competente;

II - conceder parcelamento de créditos tributários decorrentes de procedimentos administrativos, inclusive confissões de dívida, na esfera administrativa ou judicial, em até 60 (sessenta) prestações mensais, iguais e sucessivas, acrescidos de multa, juros e correção monetária sobre as prestações vincendas.” (Ressalvam-se os grifos)

O Poder Executivo do Distrito Federal declarou “situação de emergência no âmbito da saúde pública”, em decorrência da pandemia mundial do novo coronavírus (SARS-Cov-2), por meio do Decreto local nº 40.475/2020.

O ponto central da controvérsia não é, todavia, se a situação descrita pelo referido Decreto pode, ou

não, ser interpretada como “estado de calamidade pública”. Em verdade, o cerne da questão reside na interpretação do Convênio acima mencionado, bem como na avaliação a respeito dos requisitos para a concessão da moratória.

Portanto, é preciso retomar a ideia central já exposta de que a concessão de moratória é regida pelo princípio da legalidade. Nesse sentido, o próprio Convênio não deixa margem para dúvida a respeito da exigência de edição de “ato expresso da autoridade competente” para a eventual concessão de moratória.

Diante do contexto da mencionada “Guerra Fiscal”, a atuação do CONFAZ, relativamente ao ICMS, consiste no estabelecimento, de modo coordenado, da possibilidade de concessão, pelos respectivos entes federativos, se e quando o caso, da moratória, por meio de ato normativo próprio, dispensada a ulterior deliberação do CONFAZ em caso de estado de calamidade pública.

Convém insistir, portanto, que a medida pleiteada não pode prescindir da edição de lei própria no âmbito do Distrito Federal. Diante da ausência de lei a respeito da questão, não é legítima a expectativa nutrida pelas demandantes no sentido de que o Poder Judiciário atue na posição de “legislador positivo”, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade tributária, com o objetivo de conceder moratória de modo individualizado por meio judicial.

Essa linha de atuação judicial, com a devida vênia, consubstanciaria inegável e indesejável instituição de um quadro de anomia a respeito desse tema tão sensível e vital para a manutenção dos meios de financiamento do Estado.

A deterioração da atividade econômica é uma consequência inegável gerada pelas medidas de contenção da propagação do novo coronavírus (SARS-Cov-2). Não é possível desconsiderar que essa situação, de fato, pode interferir no desenvolvimento de determinadas atividades empresariais e nas respectivas gerações de receitas.

Esse quadro, no entanto, também revela a inegável diminuição da arrecadação do Estado, cuja atuação nesse ambiente de crise ganha ainda mais importância, sobretudo na manutenção do provimento de serviços públicos básicos, com destaque para a saúde pública.

Aliás, convém ressaltar que a crescente demanda pela atuação estatal vem acompanhada da elevação da quantidade de recursos orçamentários exigidos para fazer frente às políticas públicas de combate aos variados efeitos provocados pela pandemia.

Nesse sentido, o Eminentíssimo Ministro Presidente do Excelso Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante ao presente, suspendeu os efeitos de decisão judicial liminar que havia deferido a suspensão da exigibilidade de créditos tributários com fundamento na pandemia mundial de SARS-Cov-2.

A propósito, examine-se o seguinte trecho da referida decisão monocrática, proferida na Suspensão de Segurança nº 5.363-SP :

“Não se mostra admissível que uma decisão judicial, por melhor que seja a intenção de seu prolator ao editá-la, venha a substituir o critério de conveniência e oportunidade que rege a edição dos atos da Administração Pública, notadamente em tempos de calamidade como o presente, porque ao Poder Judiciário não é dado dispor sobre os fundamentos técnicos que levam à tomada de uma decisão administrativa.

Ademais, a subversão, como aqui se deu, da ordem administrativa vigente no estado de São Paulo, em matéria tributária, não pode ser feita de forma isolada, sem análise de suas consequências para o orçamento estatal, que está sendo chamado a fazer frente a despesas imprevistas e que certamente têm demandado esforço criativo, para a manutenção das despesas correntes básicas do estado.

E nem mesmo a liminar obtida pelo requerente, em ação ajuizada originariamente perante esta Suprema Corte, pode servir de fundamento a justificar a medida cautelar ora em análise, na medida em que foi proferida com o escopo de permitir um melhor direcionamento dos recursos públicos ao combate aos efeitos da pandemia, sendo certo que as consequências advindas da decisão cuja suspensão aqui se postula, apontam exatamente em sentido contrário.

Além disso, a concessão dessa série de benesses de ordem fiscal a uma empresa denota quadro passível de repetir-se em inúmeros processos, pois todos os demais contribuintes daquele tributo poderão vir a querer desfrutar de benesses semelhantes.”

Dúvidas não há, portanto, de que eventual concessão de moratória está restrita ao âmbito de conveniência e oportunidade da Administração Pública e tem como requisito indispensável a edição de lei em sentido estrito.

Ademais, não se pode perder de vista que o imposto em discussão tem como fato gerador as operações efetivamente realizadas (circulação de mercadorias e prestação de serviços). Assim, diante da

diminuição das operações em razão do cenário de pandemia que implicou restrições ao exercício da atividade comercial desenvolvida pelas autoras, certa é a redução da carga tributária subsequente.

Nesse contexto, como corretamente destacou o Juízo singular, caso as restrições impostas pela pandemia impeçam a circulação das mercadorias produzidas pelas sociedades empresárias apelantes, não haverá fato gerador do ICMS e, portanto, não haverá cobrança desse tributo.

Por essa razão, não há ofensa aos princípios apontados na petição inicial, notadamente aos princípios da capacidade contributiva e da justiça fiscal, sendo oportuno registrar também que o ICMS é imposto cuja carga tributária é suportada pelo consumidor final.

Ademais, mesmo diante das medidas tomadas pelo Poder Público para conter o avanço da pandemia, não houve demonstração de que as apelantes foram atingidas de modo direto e significativo a ponto de justificar o acolhimento da pretensão de postergação do pagamento do ICMS com fundamento na teoria do fato do príncipe (com aplicação originária nas relações contratuais mantidas pelo Estado com os particulares).

Convém ressaltar, a despeito das considerações precedentes, que a aplicação da citada teoria, ainda que por analogia, exigiria a demonstração de nexo de causalidade direto entre a medida estatal e o aumento dos encargos sociais em desfavor dos interessados, em desigualdade com os demais membros da sociedade. Somente assim seria justificada a adoção de medidas para compensar a eventual distribuição desigual desses encargos. Ocorre que essa situação não ficou demonstrada pelas apelantes, como esclarecido anteriormente.

É inegável, ademais, pelos argumentos já referidos acima, a possibilidade de risco de dano reverso. Aliás, não é demais repisar que a concessão da moratória pretendida, por meio de decisão judicial individualizada, ensejaria a indesejada subversão do interesse público primário, cuja prevalência deve ser resguardada, sobretudo na esfera do poder de tributar, que está sensivelmente vinculada à normatividade do princípio da legalidade.

Feitas essas considerações, a respeitável sentença deve ser mantida.

Diante do exposto, conheço e nego provimento ao recurso.

Em virtude da sucumbência recursal, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários de advogado em favor do apelado para 12% (doze por cento) sobre o valor da causa.

É como voto.

O Senhor Desembargador GILBERTO DE OLIVEIRA - 1º Vogal

Com o relator

A Senhora Desembargadora FÁTIMA RAFAEL - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

CONHECER E NEGAR PROVIMENTO, UNANIME