

# Lei que diminuiu prazo para restituição de tributo não pode retroagir

06/02/2010

O direito de o contribuinte se restituir de débitos tributários que foram cobrados indevidamente até 2005 prescreve em 10 anos, quando o tributo é lançado por homologação. A Lei Complementar 118/2005, que alterou o prazo para cinco anos, não pode retroagir. Com este entendimento, o juiz federal Carlos Guilherme Francovich Lugones, convocado para atuar no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, garantiu o direito de a empresa Nibal Participações se restituir de valores recolhidos ao fisco indevidamente em 1997.

Em 2003, a empresa entrou com Pedido Administrativo de Restituição de Créditos Tributários recolhidos indevidamente em 1997. Os valores ultrapassavam os R\$ 180 mil. A empresa requereu o crédito por meio de uma Declaração de Compensação, visando compensar este valor em outros tributos. O Fisco negou o direito a restituições e ainda cobrou os valores compensados por entender que já havia ultrapassado o prazo para restituição, que hoje é de cinco anos.

A empresa, representada pelo advogado Eduardo Botelho Kiralyhegy, teve de ir à Justiça para provar que o débito foi recolhido antes da chegada da nova lei e, por isso, deveria valer o prazo antigo. Kiralyhegy explicou que, quando o tributo é sujeito ao lançamento por homologação, segundo entendimento já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, o prazo é de dez anos. “O entendimento do STJ é aplicável para os débitos recolhidos antes do advento da lei.”

“O que difere esta ação das demais é que a defesa da empresa foi feita judicialmente utilizando-se um dispositivo do Código Tributário pouco utilizado, o artigo 169, que trata da Ação Anulatória da Decisão que Denegou a Restituição na Esfera Administrativa”, conta o advogado. Segundo ele, com base neste dispositivo, foi possível alegar que o pedido de restituição foi requerido antes do advento da Lei Complementar 118/2005. O juiz convocado concordou com o argumento e concedeu a liminar para a empresa.

## Leia a decisão

### DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 40/45 que indeferiu a liminar sob os seguintes fundamentos: *“Quanto ao periculum in mora, tenho o mesmo por presente, ante à presunção do prejuízo sofrido pela autora por não possuir certidão de regularidade fiscal, diante dos entraves à vida negocial da sociedade, uma vez que tal fato pode representar empecilho à autora em diversos aspectos, como em eventual contratação com o Poder Público ou até mesmo na alienação ou oneração de bem imóvel ou direitos a ele relativo. No que tange ao fumus boni iuris, porém, nesta análise perfunctória, entendo-o ausente, pelas razões que passo a expor. A fundamentação da exordial vem fulcrada na questão atinente ao reconhecimento da nulidade da intimação da autora acerca do Parecer conclusivo/Despacho Decisório nº 125/2008 nos autos do PA nº 13706.001359/2003-50, eis que entregue por meio de correspondência com AR em domicílio fiscal diverso daquela da autora e recebida por pessoa que nunca integrou seu quadro de funcionários. Ocorre, entretanto, que assim não se compreende, posto que a indigitada correspondência foi entregue ao porteiro do condomínio comercial onde se localiza o estabelecimento da autora... “.*

A agravante sustenta que ingressou com Pedido Administrativo de Restituição de Créditos Tributários recolhidos indevidamente e procedeu à compensação com débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, não tendo, todavia, logrado êxito em sua pretensão.

Afirma, ainda, que não foi devidamente notificada do teor da decisão eis que a correspondência não foi endereçada ao seu domicílio fiscal, tendo sido entregue a um funcionário da galeria comercial onde se localiza o seu estabelecimento, o que configura violação ao direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

Aduz ainda que o juízo monocrático ao acolher a tese do prazo prescricional de cinco anos ser acrescido de mais cinco, por tratar de tributo sujeito a homologação, deveria ter concedido a liminar pleiteada para suspender a exigibilidade do crédito tributário, uma vez que o fundamento da decisão administrativa para rejeição do pedido de compensação foi a ocorrência de prescrição.

Requer, por conseguinte, a antecipação da tutela recursal.

De início destaque-se que para a antecipação de tutela recursal, viável apenas em situações excepcionais, é necessária a presença simultânea de dois requisitos: a verossimilhança do direito invocado, consubstanciada na plausibilidade dos fundamentos do recurso, e o risco de dano grave e irreparável ao direito afirmado.

Da análise dos autos é possível se inferir a presença de ambos. O perigo na demora consubstancia-se, conforme consignado pela magistrada *a quo*, pelo fato da agravante não possuir a certidão de regularidade fiscal, que se faz necessária para a prática de diversos atos negociais.

Por outro lado, *o fumus boni iuris* decorre da alegação, devidamente comprovada, feita pela agravante no sentido de que o pedido de compensação fora rejeitado sob o fundamento de que o prazo para o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição indevidamente pago extingue-se com o decurso de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário (fls. 121/123).

Como é cediço, antes da edição da Lei Complementar nº 118/05, a jurisprudência majoritária afirmava que em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, não sendo esta expressa, a prescrição da pretensão de restituição se consumava após cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos contados da data em que se deu a homologação tácita.

Assim, a disposição do art. 3º da Lei Complementar nº 118/05 inovou no ordenamento jurídico, não devendo ser aplicada em relação aos pagamentos efetuados em data anterior a de sua vigência, a despeito do art. 4º do mesmo diploma, sob pena de se incorrer em vício de inconstitucionalidade. A propósito:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FUSEX. PRESCRIÇÃO. ART. 3º DA LC Nº 118/05.

1. Extingue-se o direito de pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, não sendo esta expressa, somente após o transcurso do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos contados da data em que se deu a homologação tácita (EREsp 435.835/SC, julgado em 24.03.04).
2. Na sessão do dia 06.06.07, a Corte Especial acolheu a argüição de inconstitucionalidade da expressão "observado quanto ao art. 3º o disposto no art. 106, I, da Lei n. 5.172/1966 do Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05 (EREsp 644.736-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki).
3. Nessa assentada, firmou-se o entendimento de que, "com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição de indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova".
4. Como a ação foi proposta em 23.06.06, deve-se reconhecer a prescrição apenas quanto às parcelas recolhidas antes de 23.06.96.
5. Afastada a ocorrência da prescrição no que se refere aos valores recolhidos no período de 23.06.96 a 29.03.2001, os autos devem retornar à Corte de origem para que sejam analisadas as demais questões atinentes ao feito.
6. Agravo regimental provido em parte.

(STJ, AgRg no REsp 1009985/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03.06.2008, DJe 16.06.2008)

Ressalte-se, ainda, a existência da Súmula nº 52 deste Egrégio Tribunal Regional Federal no sentido de que "é inconstitucional a expressão 'observado, quanto ao art. 3º, o disposto art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional', constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, por violação ao art. 5º – XXXVI da Constituição Federal.



Portanto, tratando-se de pedido de reconhecimento de direito creditório e de compensação referente ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica não deveria ter sido rejeitada a pretensão da agravante tão-somente pelo fato do requerimento administrativo ter sido formulado no ano de 2003 relativamente a pagamento a maior ocorrido em 1997, eis que a aplicação do artigo 165 do CTN, como foi feita, vai de encontro ao entendimento jurisprudencial firmado sobre o tema.

Saliente-se, ainda, que a jurisprudência da Corte Superior encontra-se sedimentada no sentido de que a intimação regular do sujeito passivo, nos termos do art. 23 do Decreto 70.235/1972, pode se dar tanto pessoalmente quanto por via postal, não se sujeitando tais meios à ordem de preferência, sendo que, para os fins de aperfeiçoamento desta última modalidade, basta a prova de que a correspondência foi entregue no endereço do domicílio fiscal eleito pelo próprio contribuinte.

*In casu*, a correspondência de intimação para ciência do Parecer Conclusivo foi entregue ao porteiro do edifício comercial em que se encontra estabelecida a agravante, o que lhe impossibilitou de apresentar, oportunamente, manifestação de inconformidade.

A referida entrega, entretanto, não se encontra eivada de nulidade. Nesse sentido:

**PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ART. 23, II, DO DECRETO Nº 70.235/72. NOTIFICAÇÃO POSTAL. INTIMAÇÃO VÁLIDA. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.**

1. Hipótese em que o Tribunal de origem concluiu, com base na prova dos autos, pela validade da intimação em procedimento administrativo fiscal. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.
2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a intimação regular do sujeito passivo, nos termos do art. 23 do Decreto 70.235/1972, pode se dar tanto pessoalmente quanto por via postal, não se sujeitando tais meios à ordem de preferência, sendo que, para os fins de aperfeiçoamento desta última modalidade, basta a prova de que a correspondência foi entregue no endereço do domicílio fiscal eleito pelo próprio contribuinte.
3. Inviável a análise pelo STJ de questão constitucional, ainda que para interposição de Recurso Extraordinário.
4. Embargos de Declaração acolhidos sem efeitos infringentes.

**EARESP 200701461453 EARESP – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 963584 Relator HERMAN BENJAMIN**

Sigla do órgão STJ Órgão julgador SEGUNDA TURMA

Fonte DJE DATA:20/08/2009

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO POR EDITAL. EXCEÇÃO. ART. 23 DO DECRETO 70.235/1972. DOMICÍLIO FISCAL. CADASTRO DO CONTRIBUINTE JUNTO À ADMINISTRAÇÃO.**

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
2. Hipótese em que a Administração agiu de acordo com o art. 23, §§ 1º e 4º, do Decreto 70.235/72, na medida em que intimou a empresa por edital somente após caracterizada a ineficácia da comunicação via postal.
3. O § 4º, do art. 23, do Decreto 70.235/72 preceitua que o domicílio fiscal a ser observado pela autoridade, para fins de intimação, é aquele constante do cadastro da empresa junto à Administração Tributária, cabendo ao contribuinte a diligência na atualização dos dados.
4. Recurso Especial provido.

**STJ – RESP 200702479576 – RECURSO ESPECIAL – 998285 Relator HERMAN BENJAMIN Sigla do órgão STJ Órgão julgador SEGUNDA TURMA Fonte**



DJE DATA:09/03/2009

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INTIMAÇÃO POSTAL. FALTA DE CIÊNCIA DO CONTRIBUINTE. INTEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO. ART. 23 DO DECRETO Nº 70.235/72. OFENSA AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC AFASTADA.

I – O Tribunal a quo realizou a prestação jurisdicional invocada, não havendo que se falar em omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido, visto ter se manifestado acerca da necessidade da intimação postal por meio do ciente do próprio contribuinte, afastando-se, com isso, a intempestividade do recurso administrativo interposto em momento posterior.

II – Conforme prevê o art. 23 do Decreto nº 70.235/72, inexistente obrigatoriedade para que a efetivação da intimação postal seja feita com a ciência do contribuinte, exigência extensível tão-somente para a intimação pessoal, bastando apenas a prova de que a correspondência foi entregue no endereço de seu domicílio fiscal, podendo ser recebida por porteiro do prédio.

III – Impugnação ao procedimento administrativo fiscal protocolizada em momento posterior ao prazo legal do art. 15 do citado Decreto. Intempestividade verificada. IV – Recurso especial provido.

STJ – RESP 200800277354 RESP – RECURSO ESPECIAL – 1029153 Relator FRANCISCO FALCÃO Sigla do órgão STJ Órgão julgador PRIMEIRA TURMA

Fonte DJE DATA:05/05/2008 RT VOL.:00874 PG:00185

Pelo exposto, defiro parcialmente o pedido de antecipação da tutela recursal, tão-somente para suspender a exigibilidade dos débitos decorrentes da não-homologação da DCOMP apresentada pela agravante, consignada no PA nº 13706.001359/2003-50.

Intime-se o agravado para, querendo, apresentar resposta, no prazo de dez dias.

Em seguida, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Rio de Janeiro, 29 de outubro de 2009.

CARLOS GUILHERME FRANCOVICH LUGONES

Juiz Federal Convocado

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2010-fev-06/lei-diminuiu-prazo-restituicao-tributo-nao-retroagir/>