

## Berger: Como reaver o crédito tributário constituído judicialmente

### O objetivo principal das 'teses tributárias'

Em virtude de falhas legislativas e o excesso de normatização pelos órgãos administrativos (como é o caso das Receitas Federal e estaduais, por exemplo), o direito tributário-empresarial conta com diversas



As teses tributárias normalmente visam a assegurar o direito

da empresa contribuinte ao pagamento de tributos de acordo com o que preveem as legislações tributárias e/ou a recuperação dos pagamentos efetuados a maior no período de cinco anos anteriores à impetração do mandado de segurança.

Assim, pode-se dizer com segurança que as teses tributárias visam unicamente a assegurar o direito básico dos contribuintes — que, na maior parte das situações, são submetidos ao pagamento de tributos indevidos, resultando em ônus excessivo ao desenvolvimento das atividades empresariais.

Contudo, além da discussão da(s) tese(s) propriamente dita(s), existem outros fatores que também vêm sendo objeto de relevante controvérsia, em razão das restrições impostas pelo Fisco.

Quando há o reconhecimento judicial do direito de crédito da empresa contribuinte em face da autoridade fiscal, será que a compensação se estende a qualquer débito? Ou somente podem ser compensados créditos e débitos da mesma natureza e forma de apuração tributária?

O contribuinte que não tem débitos para indicar à compensação pode reaver o seu crédito na via da restituição? O pedido de restituição precisa ser judicial ou pode ser formulado administrativamente?

Portanto, em linhas gerais, as controvérsias residem nas constantes (e, exacerbadas) exigências por parte das autoridades fiscais que "fazem de tudo" para protelar/postergar/restringir/limitar a devolução dos créditos dos contribuintes.

Por conta disso, torna-se imprescindível ter conhecimento básico e adequado de seus direitos para não se sujeitar às artimanhas do Fisco.

---

### **As opções do contribuinte para o recebimento do crédito tributário**

A empresa contribuinte que obtém o reconhecimento do direito de crédito tributário por meio de decisão judicial definitiva pode reaver os valores por meio da escolha de um dos seguintes procedimentos:

- A indicação do crédito para a compensação administrativa com os débitos pendentes ou futuros;
- A realização de procedimento judicial para a restituição via precatório ou requisição de pequeno valor;
- A realização de procedimento administrativo para a restituição em dinheiro.

### **As ilegalidades cometidas na compensação administrativa**

Considerando que normalmente as teses tributárias são objeto de mandado de segurança e a empresa postulante persiste sendo contribuinte do tributo em discussão (que pretende reduzir e recuperar), o procedimento de compensação administrativa é o mais utilizado.

O procedimento de compensação administrativa submete-se ao que dispõe a Instrução Normativa nº 17.17/2017 e é condicionado à compatibilidade da indicação de créditos e débitos anteriores ou posteriores à inclusão da empresa contribuinte ao eSocial, conforme determina a Lei nº 11.457/2007, alterada pela Lei nº 13.670/2018.

Contudo, normalmente o direito à compensação é indevidamente restrito pela autoridade tributária.

Ou seja, é comum que a autoridade tributária correspondente considere como sendo anterior ao eSocial aquele crédito tributário objeto do pagamento indevido realizado pelo contribuinte anteriormente à sua inclusão ao eSocial, mas cujo reconhecimento judicial definitivo do direito creditório é posterior ao eSocial.

Nesse cenário, a empresa contribuinte que se mantém adimplente com suas obrigações fiscais, tendo débitos apenas após a sua inclusão no eSocial, passa a ser extremamente prejudicada por não poder destinar o crédito reconhecido judicialmente à compensação com tais débitos.

O ato ilegal, contudo, pode ser revisto judicialmente.

Partindo-se de um raciocínio extremamente lógico, e sem desconsiderar o disposto em lei, a empresa contribuinte somente passa a ter o direito ao crédito tributário a partir do reconhecimento judicial definitivo — e não quando o pagamento é efetuado a maior ou indevidamente.

Por exemplo, suponhamos que em outubro de 2020 foi impetrado um mandado de segurança em nome de uma empresa contribuinte que já realiza a apuração de suas contribuições pelo eSocial, visando, com fundamento no Tema 69 do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecimento do direito de crédito de PIS-Cofins diante da exclusão do ICMS.

No referido exemplo, os efeitos práticos do mandado de segurança terão como termo inicial a data de outubro de 2015. Assim, havendo uma decisão judicial definitiva em atenção ao Tema 69 do STF, o contribuinte poderá reaver — a título de crédito tributário — os pagamentos indevidos realizados desde outubro de 2015.

Ocorre que, seguindo a linha de raciocínio do referido exemplo, naturalmente a decisão judicial definitiva que reconhece o direito de crédito de PIS-Cofins desde outubro de 2015 será posterior à inclusão da empresa contribuinte do eSocial.

Portanto, se for vedado à empresa compensar tais créditos com débitos atuais — de 2020, por exemplo —, é uma imensa ilegalidade, pois exacerba aquilo que prescreve a Lei nº 11.457/2007, alterada pela Lei nº 13.670/2018.

### **A indevida restrição à restituição administrativa**

Outra forma de reaver o indébito tributário reconhecido judicialmente é por meio do procedimento de restituição.

Tal procedimento também pode ser objeto do cometimento de ilegalidades pela autoridade tributária.

Em âmbito nacional, a Secretaria da Receita Federal (com amparo na Instrução Normativa nº 1.717/2017) permite ao contribuinte que obtém o reconhecimento de crédito tributário por decisão judicial definitiva realizar apenas e exclusivamente o procedimento de compensação.

Assim, para o exemplo anteriormente citado (dos créditos de PIS-Cofins oriundos da exclusão do ICMS), entre outros casos semelhantes, a Secretaria da Receita Federal não admite a restituição administrativa.

No entanto, as leis que regem os meios cabíveis para a repetição do indébito tributário permitem ao contribuinte adimplente (que não possui pendências fiscais) escolher se prefere reaver o seu crédito pela compensação ou pela restituição (66 da Lei nº 8.383/1991 c/c artigo 73 e 74 da Lei nº 9.430/1996).

Inclusive, tratando-se o mandado de segurança de uma ação sem "eficácia executiva imediata", admite-se a utilização do reconhecimento de crédito para que haja a restituição administrativa, independentemente de ação judicial autônoma vinculada à expedição de precatórios ou requisições de pequeno valor. Logo, a postura da autoridade tributária em denegar a restituição administrativa é extremamente ilegal e arbitrária.

Para ficar mais claro, observe-se uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

*"Processual civil e tributário. Mandado de segurança. Restituição administrativa de indébito reconhecido judicialmente. Possibilidade.*

*(...) 5. O entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, inclusive já sumulado (Súmula nº 461 do STJ), é no sentido de que 'o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado'. Com efeito, a legislação de regência possibilita a restituição administrativa de valores pagos a maior a título de tributos, conforme se verifica dos artigos 66 da Lei nº 8.383/1991 e 74 da Lei nº 9.430/1996' (REsp 1.516.961/RS, relator ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 22/03/2016).*

*6. Recurso especial provido para assegurar o direito de o contribuinte buscar a restituição do indébito na via administrativa, após o trânsito em julgado do processo judicial"*

(STJ — 2ª Turma, Rel. Minº Herman Benjamin, REsp nº 1642350/SP, DJ. 24/04/2017. Grifamos).

Portanto, a empresa que obtiver uma decisão judicial definitiva reconhecendo determinado direito de crédito (seja por mandado de segurança ou outra modalidade de ação, as chamadas "ações ordinárias") pode escolher o procedimento para reaver tal crédito — optando pela compensação administrativa, restituição judicial por precatório ou requisição de pequeno valor ou restituição administrativa.

No caso do cometimento de qualquer ilegalidade pela autoridade tributária correspondente, busque os seus direitos. A análise das situações específicas permitirá assegurar a eficácia na recuperação dos créditos sem a ocorrência das ilegalidades e arbitrariedades fiscais.

**Date Created**

28/10/2020