

DIREITO TRIBUTÁRIO

RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS

O direito de restituição de tributos recolhidos indevidamente pelos contribuintes, é estabelecido pelo artigo 165, do Código Tributário Nacional, dizendo que o sujeito passivo (contribuinte) tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, nos seguintes casos: “I- cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; II- erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento”.

Este direito é abrangente, tendo por base o princípio da legalidade ou da reserva legal que rege todas as obrigações tributárias, encontrando fundamento no princípio que veda o enriquecimento sem causa, à semelhança do que ocorre no direito privado, sem necessidade de prova de erro no pagamento; basta que se evidencie a inexistência de obrigação tributária, para que caiba a devolução do que se tenha pago, a título de débito tributário. A desnecessidade desta prova se assenta no próprio Código Tributário Nacional, que é expresso em reconhecer o direito à restituição, independentemente de prévio protesto, ou seja, sem necessidade de nenhuma ressalva prévia quanto ao caráter indevido do pagamento, e ainda que este pagamento tenha sido espontâneo.

Duas questões são relevantes, para se analisar o exercício deste direito. A primeira surge pelas disposições contidas no artigo 166, do Código Tributário Nacional que restringe a restituição dos tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, a quem prove ter assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado para recebê-lo. Distingue-se por este dispositivo, o denominado contribuinte de fato, que é aquele a quem se transfere o custo do tributo pelo seu repasse no preço da mercadoria vendida ou serviço prestado tributado, em relação ao contribuinte de direito, que é aquele vinculado ao fato gerador, que lança, apura e deve recolher o tributo eventualmente devido.

Neste caso, interpreta-se que o contribuinte de direito não suportou o encargo, e se suportou deve prová-lo, para fins de evitar que ele receba em restituição aquilo que por si não pagou. E na hipótese de ter repassado ao adquirente o tributo, por imperativo deste dispositivo, deve obter sua autorização expressa para recebê-lo.

A segunda, diz respeito ao prazo para que o contribuinte possa exercer seu direito à restituição. O artigo 168 do Código Tributário Nacional dispõe que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso de cinco anos, elencando em seus incisos I e II, as hipóteses desta extinção. Este prazo provocou interpretações jurisprudenciais, sendo assentado em jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no artigo 168, do CTN, tem início, não da data do recolhimento do tributo indevido, e sim da data da homologação – expressa ou tácita – do lançamento. Este entendimento decorre da interpretação, segundo a qual para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese que é prevista no artigo 156, inciso VII, do CTN. Assim, neste conceito jurisprudencial, somente a partir dessa homologação é que tem início o prazo previsto no mencionado artigo 168, inciso I, do CTN e, não havendo a

homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito, acaba sendo, na verdade, de dez anos contados do fato gerador.

Com o advento da Lei Complementar nº.118, de 2005, estabeleceu-se o prazo de cinco anos com celeuma sobre a aplicabilidade de seu artigo 3º, pois na forma como foi redigido, aplicar-se-ia retroativamente às hipóteses anteriores à sua vigência. O Superior Tribunal de Justiça assentou em sua jurisprudência, que este dispositivo se aplica somente após a vigência desta Lei Complementar, 09/06/2005, estando a questão para ser decidida pelo Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário nº. 566.621 interposto pela União, tendo o Procurador-Geral da República já opinado pelo desprovimento deste recurso, sinalizando-se que será mantido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Dr. José Maria Duarte Freire
Especialista em Direito Tributário
WWW.advocaciajosefreire.adv.br
Jm-freire@uol.com.br