



Na Mídia

15/05/2023 | [JOTA](#)

O desafio de não perder créditos tributários

A limitação temporal para compensação de créditos tributários decorrentes de decisão judicial

Marcelo Salles Annunziata | Marco Favini



Passados seis anos do julgamento da famosa “tese do século”, que fixou a tese de repercussão geral do tema 69 (“o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”), muitos contribuintes se encontram, atualmente, diante de um novo desafio: não perder seus créditos.

Com o referido julgamento, lá em 15 de março de 2017, muitas ações que se encontravam sobrestadas voltaram a tramitar, o que deu ensejo a diversos trânsitos em julgado com decisões favoráveis aos contribuintes.

No entanto, como o levantamento e a validação dos respectivos créditos não é algo simples e, ainda, no caso em específico, houve a divergência quanto ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins, resolvida

somente em 15 de março de 2021, com a definição de que o valor a ser excluído é o ICMS destacado em nota fiscal, muitos contribuintes optaram por não seguir de imediato, logo após o trânsito em julgado, com a habilitação e a compensação dos aludidos créditos.

Nesse ponto, vale lembrar que houve no meio do caminho uma pandemia (2020 e 2021), que afetou diversos setores da economia, reduzindo o valor dos tributos devidos, o que impactou diretamente na utilização dos créditos. Afinal, quanto menos tributos a pagar, menor a utilização dos créditos.

Tudo isso, na prática, ocasionou em muitos casos um atraso no consumo dos créditos, o que coloca, hoje, o contribuinte contra a parede. Isso porque, no entendimento das autoridades fiscais, com base no art. 106 da Instrução Normativa 2.055/21, os contribuintes possuem o prazo de cinco anos, contado da data do trânsito em julgado da ação ou da homologação da desistência da execução do título judicial, para compensar – integralmente – seus créditos.

Entretanto, essa limitação estabelecida pelo fisco não possui base legal, ou seja, é inconstitucional e ilegal!

Isso porque: (i) o Código Tributário Nacional (CTN) estabelece no seu art. 168 que a restituição tributária deve ser pleiteada dentro do prazo de cinco anos, (ii) o art. 74 da Lei 9.430/96, que prevê a compensação como uma forma de restituição e regula o seu procedimento, não estabelece qualquer prazo para compensação, até porque não poderia fazê-lo, uma vez que prescrição e a decadência só podem ser disciplinadas por Lei Complementar, de acordo com o art. 146, inc. III, alínea 'b', da Constituição Federal, e (iii) o art. 102 da IN 2.055/21, conforme delegação da Lei 9.430/96 (art. 74, § 14), estabeleceu que a compensação deve ser precedida de um “pedido de habilitação de crédito”.

Portanto, a inteligência dos mencionados dispositivos deixa claro que o pleito da restituição, no procedimento de compensação, se caracteriza pelo “pedido de habilitação de crédito”, o qual, sim, deve observar o prazo prescricional de cinco anos.

Ou seja, se o pedido de habilitação for apresentado dentro do prazo prescricional, e deferido pelas autoridades fiscais, a partir de então, não existirá mais qualquer interregno temporal para o consumo dos créditos. Qualquer impedimento à compensação desses créditos ou à aceitação (e a homologação) da declaração de compensação será ilegal e inconstitucional, uma vez que violará, além do citado art. 168 do CTN, o princípio da legalidade e a coisa julgada detida pelo contribuinte.

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunais Regionais Federais, como os da 3ª Região (SP e MS) e da 4ª Região (região Sul), ao analisarem recursos sobre a matéria, já se posicionaram no sentido de que o prazo de cinco anos para a compensação de valores reconhecidos em decisões judiciais é para se exercer o referido direito, o que se refere ao protocolo do pedido de habilitação. Não existindo, portanto, determinação legal que fixe o tempo máximo para a compensação integral dos créditos, o que significa dizer que enquanto houver crédito poderá ser realizada a compensação.

Dessa forma, caso o contribuinte se encontre em tal situação – já tenha habilitado os créditos dentro do prazo prescricional previsto no art. 168 do CTN e esteja compensando-os –, mas já estima que não conseguirá consumir (compensar) integralmente os seus créditos dentro do prazo estabelecido pelo art. 106 da IN 2.055/21, deverá ele recorrer ao Poder Judiciário, para afastar a arbitrária limitação temporal e, assim, assegurar o seu direito de compensação integral dos créditos apurados a partir da ação judicial transitada em julgado.

MARCELO SALLES ANNUNZIATA – Sócio da área Tributária do Demarest, mestre em Direito Tributário pela USP e especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP

MARCO FAVINI – Advogado da área tributária do Demarest Advogados e mestre em direito tributário pela Fundação Getulio Vargas.