

# JUSTIÇA OBRIGA RECEITA A RESTITUIR INDÉBITOS

Escrito por Roberto Rodrigues de Moraes e Pablo Juan Estevam Moraes  
15.07.2014

Os contribuintes brasileiros vêm sofrendo prejuízos financeiros e danos morais decorrentes da morosidade da administração tributária federal em proferir decisões sobre as petições, impugnações e recursos administrativos apresentados perante as repartições fiscais de sua circunscrição.

As desculpas apresentadas nos atendimentos pessoais junto aos órgãos administrativos, tanto das Delegacias da Receita Federal quanto da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e até do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda (Carf) são frequentemente repetidas: falta de pessoal ou lacuna no preenchimentos dos cargos no colegiado, dentre outras.

As empresas prestadoras de serviços – maiores ofertante de postos de trabalho no país – são as mais prejudicadas pela morosidade. Nos termos da legislação federal vigente, sofrem descontos de 11% para a Previdência Social sobre os valores faturados através das respectivas Notas Fiscais de Serviços.

Entretanto, no encontro de contas entre os valores descontados nas suas faturas (11% sobre o preço cobrado) e os valores devidos sobre a folha de salários, há sobras – créditos – como é comum em algumas atividades econômicas sujeitas ao regime de descontos na fonte dos 11%. Conseqüentemente, as empresas que estão nesse regime, geralmente, apresentam créditos contra a Receita Federal.

Apurados os créditos, as normas federais que regem a matéria oferecem aos credores a oportunidade de requererem a devolução do excesso pago, utilizando-se do procedimento eletrônico denominado de Pedido de Restituição, Ressarcimento ou Reembolso e Declaração de Compensação (PER/DCOMP). Por conseguinte, as empresas requerem junto à Receita Federal, por intermédio de vários PER/DCOMP a restituição das importâncias indevidamente recolhidas. Passam-se meses e anos e, consultando os andamentos, a resposta é a mesma: “em análise”.

Contudo, inexistindo manifestação da Receita Federal quanto aos requerimentos apresentados e considerando o esgotamento do prazo legal para a decisão de procedimento (1) administrativo, conforme a norma descrita no artigo 24 da Lei 11.457/2007, bem como violação do princípio constitucional da razoável duração do procedimento administrativo, nos termos do artigo 5o, inciso LXXVIII, da Carta Magna de 1988, vale-se do judiciário o contribuinte para a satisfação de sua pretensão.

A norma contida no artigo 24 da Lei 11.457/07 positiva o princípio da eficiência da administração pública e determina o prazo para que seja proferida decisão administrativa, in verbis: “Artigo 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte”.

No caso em tela, o contribuinte transmite o pedido de restituição através do PER/DCOMP, sendo o prazo concedido pela legislação para manifestação da autoridade competente esgotado há vários meses.

A Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescentando ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, in verbis: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Deste modo, admite-se que a conclusão de procedimento administrativo fiscal em prazo razoável é comprovação do princípio da eficiência, da moralidade e da razoabilidade da administração pública.

Inegável que os princípios determinam o alcance, sentido e interpretação das normas, sendo, pois, hierarquicamente superior a estas. Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com elas se conectam (2).

O artigo 2o da Lei 9.874, que normatiza o processo administrativo no âmbito administrativo também inseriu a eficiência como um dos princípios norteadores da administração pública, anexado ao da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público.

Pode-se asseverar, portanto, que a omissão da administração pública em decidir sobre os pedidos formulados pelos contribuintes viola não apenas dispositivo legal, mas a Constituição Federal. Assevera-se, ainda, que a referida Emenda Constitucional atribui ao princípio da razoável duração do processo e, conseqüentemente, princípio da efetividade, a qualidade de garantia fundamental, incluído, pois, nas cláusulas pétreas contidas da Carta Magna.

A omissão da administração pública em restituir aos cofres das empresas os valores indevidamente recolhidos culmina em afronta ao Estado Democrático de Direito, sendo a reparação da situação existente carecedora da tutela jurisdicional do Estado.

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, assim denominado no artigo 1o da Constituição Federal brasileira, temos que o governo do povo e a limitação do poder estão indissoluvelmente combinados. Logo, os direitos fundamentais existem para controle dos atos e omissões do poder estatal, sendo o controle do Estado pelo próprio Estado, neste caso, por intermédio do Poder Judiciário.

Para tanto, foram inseridos no artigo 5o da Constituição Federal os remédios constitucionais, que visam à proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos. In casu, vale-se a impetrante do princípio do acesso ao Poder Judiciário, delineado no artigo 5o, inciso XXXV, da Carta Maior, que prescreve: “Artigo 5o (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Desta forma, compete ao Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, aplicar a norma jurídica ao caso concreto, na hipótese de lesão ou simples ameaça a direito. Finalmente, mister a observação de que o presente writ não tem o condão de se apresentar como ação de cobrança, mesmo observando a vasta documentação comprobatória do indébito acostada.

Os contribuintes credores anseiam apenas o cumprimento do prazo legal pela autoridade administrativa competente, que não cumpriu a determinação do artigo 24 da Lei 11.457/2007, não observou o artigo 5o, inciso LXXVIII da Constituição Federal, tão pouco tem preservado o princípio da efetividade do procedimento administrativo.

A Constituição da República de 1988 estabeleceu, dentre os princípios constitucionais tributários, vedação ao tratamento discriminatório entre contribuintes que se encontrem em situação de igualdade. Trata-se do princípio da isonomia tributária, previsto no artigo 150, II, transcrito in verbis:

*“Artigo 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*  
(...)

*II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”;*

Em recente decisão (RE 1.138.206 – RS (2009/0084733-0) com status de recurso repetitivo, o STJ consolida entendimento de que é competência do judiciário.

#### EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula petrae direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, in verbis:

“A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade.

(Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005).

3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 – Lei do Processo Administrativo Fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.

4. Ad argumentandum tantum, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum, in verbis:

“Art. 7º – O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº. 3.724, de 2001)

I – o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II – a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III – o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos.”

5. A Lei n.º 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris:

“Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.”

6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.

7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07).

8. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento sub judice. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

O tema do julgado citado foi colocado na categoria de Recurso Repetitivo pelo STJ e sua decisão serve para as demais ações semelhantes que tratem do tema, e foi objeto de comunicação a todos os Tribunais Regionais Federais e as Cortes Estaduais. Repercutirá, com certeza, na celeridade dos processos e refletirá na uniformização das decisões nas instâncias inferiores do Judiciário.

Veja-se que o STJ não apreciou o tema considerando o prazo do artigo 49 da Lei 9784/1999: “Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.”

S.M.J, é bem de se ver o que concorrem, na espécie vertente, e as condições que legitimam o exercício da ação mandamental para solução da inércia da administração pública. O mandado de segurança individual, cuja natureza processual é de Ação Civil, de rito sumário especial, é cabível contra ato comissivo ou omissivo de autoridade, entendidos como tal os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas Poder Público, que lese ou ameace de lesão direito subjetivo individual líquido e certo, não amparado por habeas corpuse habeas data (3).

A demonstração da tempestividade da impetração e da certeza e liquidez do direito subjetivo dos contribuintes não demandam maiores considerações. A omissão alvejada pelo pedido de segurança para o pronunciamento das Autoridades Coatoras, que atuam na respectiva circunscrição dos contribuintes que se sentirem lesados.

A eleição deste procedimento pelos contribuintes é uma opção – para combater a ilegalidade praticada por intermédio de

omissão no pronunciamento sobre o requerimento de restituição – para que as autoridades administrativas responsáveis pela resposta aos requerimentos apresentados pelos contribuintes se pronunciem e cumpram o prazo legal.

A esse respeito, lecionava Hely Lopes Meirelles (4) que se equiparam “a atos de autoridades as omissões administrativas das quais possa resultar lesão a direito subjetivo da parte, ensejando mandado de segurança para compelir a Administração a pronunciar-se” sobre as pretensões dos contribuintes.

No mesmo sentido é o ensinamento de José Cretella Júnior:

A lesão pode constituir também em omissão. Se alguém requerer expedição de certidão à repartição administrativa competente, para a defesa de direitos e esclarecimentos de situação, (...), a negativa de expedição ou a omissão de expedição, isto é, o ‘silêncio’, a ‘desídia’ ou ‘inércia’ ensejam o mandado, já que se concretiza a ação.

Trata-se de ato omissivo. Não é necessário, pois, que se trate de ato executório, porque o ato omissivo, em que não há esse caráter, também enseja a impetração de segurança. A causa eficiente, ou fonte do ato, é a autoridade coatora que, editando a medida, ameaçando concretizá-la ou omitindo-se quando, solicitada, deveria pronunciar-se (porque assim o exige a lei), enseja a impetração de segurança corretiva ou preventiva, conforme o caso.

Coaduna com este o entendimento o Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai do julgado colecionado a seguir, in fine (5):

#### *ADMINISTRATIVO – ANISTIA – PROCESSO ADMINISTRATIVO – DEMORA NA APRECIÇÃO – OMISSÃO.*

*1. É certo que não incumbe ao Judiciário adentrar no mérito administrativo substituindo o juízo de valor a ser proferido pela Administração Pública. Sem embargo, insere-se no âmbito do controle judicial a aferição da legalidade dos atos administrativos. Donde sobressai a necessidade de o Estado cumprir os prazos legais e regulamentares de tramitação e apreciação do processo administrativo, notadamente quando envolvem interesses de particular.*

*2. No caso presente, o processo perdura há mais de quatro anos; tempo suficiente a ensejar um pronunciamento da Administração Pública. O acúmulo de serviço não representa uma justificativa plausível para morosidade estatal, pois o particular tem constitucionalmente assegurado o direito de receber uma resposta do Estado à sua pretensão.*

*Precedente: MS 10792/DF; Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 21.8.2006.*

Sobre o prazo para impetração, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “tem-se que a ausência de manifestação da Autoridade Coatora em pagamento da reparação econômica pretérita consubstancia ato omissivo, não havendo se falar em decadência, nos termos do artigo 23 da Lei 12.016/2.010 (6)”.

Por sua vez os requisitos necessários à concessão da medida liminar, o *fumus bonus iuris* e o *periculum in mora*, encontram-se presentes e plenamente justificados nesta ação mandamental, devendo, por tal sorte, ser deferido inaudita altera pars o pedido de medida liminar formulado ao final desta peça vestibular.

Há aparência do bom direito, uma vez que o Ato Administrativo aqui impugnado, caracterizado pela omissão da Administração Pública, encontra-se em confronto com a Legislação de regência citada e mostra claramente a arbitrariedade utilizada sob a escusa de estar assoberbada com o excesso de demanda.

Fica evidenciada a aparência do bom direito dos contribuintes, como conseqüência da demonstração contundente de suas razões de direito, não necessitando, pois, alongar na presente fundamentação.

Pelo simples exame do caso ora exposto, acreditamos que a apreciação do Poder Jurisdicional, depreende-se, sem exigir grande esforço do órgão julgador, que a omissão no pronunciamento da Receita Federal afronta a legislação ordinária, Dispositivo Constitucional e da Administração pública, em discordância, ainda, com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme o voto proferido pelo ministro Luiz Fux, na ementa do julgado colecionado.

Nesse contexto, verifica-se que a omissão da administração pública em restituir os valores indevidamente recolhidos ao Regime Geral de Previdência pelos contribuintes é, também, omissão quanto à reparação econômica, sendo coação continuada no tempo, com relação à qual não caduca a pretensão dos contribuintes para, s.m.j, impetrem Mandado de Segurança visando preservar e verem cumpridos os seus direitos.

A morosidade da administração tributária federal é injustificável, porém, é de se levar em conta o excesso de normas tributária e instrumental a que estão submetidos os componentes da máquina arrecadatória federal. A guisa de ilustração basta ver a colcha de retalhos que se transformou o texto regulador do Proc. Administrativo Fiscal (7).

Finalmente, o pronunciamento da Receita Federal sobre os protocolos (PER/DCOMP) apresentados pelos contribuintes acarretaria em entradas de caixa, aliviando os combalidos cofres das empresas, livrando-as de recorrerem ao sistema financeiro e se subjugarem aos seus elevados juros.

#### **NOTAS:**

(1) Cumpre destacar a impropriedade do termo processo administrativo, positivado por intermédio da Emenda Constitucional no. 45, de 2004 e do mesmo modo acostado na Lei 11.457/2007. Deste modo, elucida-se a razão pela qual será adotado o termo técnico procedimento administrativo no corpo do texto.

(2) NUNES, Rizzatto. Manual de Filosofia do Direito. Saraiva. p. 361.

(3) Constituição Federal de 1.988, artigo 5o, inciso LXIX

(4) MEIRELES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 28ª ed São Paulo: Malheiros. 2005, p. 34.

(5) Mandado de Segurança 10.478/DF –

Relator: Ministro Humberto Martins – Primeira Seção,

Julgado em 28/02/2007, DJ 12/03/2007 p. 185.

(6) Mandado de Segurança Nº. 15.295 – DF (2010/0089939-4)

Relator: Ministro Castro Meira

Precedente: MS 12.026/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, DJ 18.12.2006.

(7) <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/23/1972/70235.htm>