



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 10680.018309/2003-59  
**Recurso n°** 156.511 Voluntário  
**Acórdão n°** **2802-00.618 – 2ª Turma Especial**  
**Sessão de** 08 de fevereiro de 2011  
**Matéria** IRPF.  
**Recorrente** TÚLIO MARCUS FERNANDES BHERING  
**Recorrida** DRJ BELO HORIZONTE

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Exercício: 1994

PDV. RECONHECIMENTO DA NÃO INCIDÊNCIA. RESTITUIÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL.

A contagem do interstício decadencial para a perda do direito à restituição do valor pago ou retido a maior, nos casos de reconhecimento expresso da não incidência de tributo, tem início na data da Resolução do Senado que suspendeu a execução da norma legal declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou da data da publicação do ato administrativo que reconheceu o indébito, *in casu*, a Instrução Normativa SRF n°.165, tornada pública por meio do DOU de 06/01/1999. Não ocorrido lapso de tempo superior a 5 (cinco) anos entre o marco inicial e a data de protocolização do pedido, não há que se falar em decadência.

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Exercício: 1994

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO MÉRITO EM TODOS OS GRAUS, EM FACE DO AFASTAMENTO DE PRELIMINAR EM 2ª INSTÂNCIA.

Para que não ocorra a supressão de instância, é de se retornar o processo à origem nos casos de afastamento de preliminar que impedia a análise do mérito.

Preliminar de decadência do direito de pedir do recorrente afastada. Retorno do processo à origem para apreciação do mérito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, **DAR PROVIMENTO** ao recurso interposto para determinar o retorno dos autos à origem para apreciação do mérito. Vencidos o Relator e a Conselheira Lúcia Sakae Reiko, que negavam provimento. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Valéria Pestana Marques.

(Assinado digitalmente)

Valéria Pestana Marques – Presidente e Redatora Designada

(Assinado digitalmente)

Jorge Claudio Duarte Cardoso - Relator.

EDITADO EM: 18/03/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valéria Pestana Marques (presidente da turma), Carlos Nogueira Nicácio (vice-presidente), Jorge Claudio Duarte Cardoso (relator), Ana Paula Locoselli Erichsen, Lúcia Reiko Sakae e Sidney Ferro Barros.

## Relatório

Trata-se de processo de restituição de imposto de renda pessoa física alusivo ao exercício 1994, ano-calendário 1993, formalizado em 16 de dezembro de 2003, e indeferido pela Delegacia da Receita Federal de Belo Horizonte (fls. 35/36), sob o fundamento de que tendo ocorrido a incidência do imposto em 06/04/1993 e que, portanto, o direito a pleitear a restituição foi extinto por decadência em 06 de abril de 1998, nos termos do inciso I do art. 165 c/c inciso I do art. 168 do CTN e Ato Declaratório SRF 96/99, acrescentando que consta informação da fonte pagadora do contribuinte de que não promoveu Programa de Desligamento Voluntário (PDV) ou Programa de Demissão Incentivada (PDI).

A manifestação de inconformidade com aquela decisão foi indeferida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) Belo Horizonte (fls. 53/57) sob o fundamento de que:

1) o contribuinte não participou de PDV ou PDI como informações obtidas da fonte pagadora e conclusões extraídas dos documentos juntados aos autos, especialmente os de fls. 14 a 31, com destaque para o item V do documento denominado "R. O. — Administração do Pessoal Excedente. Critérios e Procedimentos" (fl. 24 e seguintes) os quais demonstram que demonstram que a decisão do desligamento pertencia tão-somente à empregadora;

2) o pedido de restituição foi formalizado quando o direito já havia sido extinto por decadência, nos termos do inciso I do art. 168 do CTN e a existência de fato novo a que alude o inciso VIII do art. 149 do CTN não tem o condão de suspender o prazo decadencial previsto na legislação; e

3) a atividade exercida pelas autoridade administrativas é plenamente vinculada (art. 3º e parágrafo único do art. 142 do CTN).

Ciente da decisão de primeira instância em 16/12/2003 (fls. 58), o requerente apresentou recurso voluntário em 17/01/2007 (fls. 61), no qual apresenta os seguintes argumentos:

1) discorda do entendimento da DRJ acerca do sentido a ser atribuído à condição resolutória no lançamento por homologação e ao art. 3º da Lei Complementar nº 118 ao interpretar o inciso VII do art.156 do CTN, que ao atribuir àquele inciso o mesmo sentido do inciso I, comete uma ilegalidade;

2) que o resultado apurado na Declaração de Ajuste Anual é um *amalgama*, não permitindo que se identifique de que mês do ano provém eventual restituição ou imposto a pagar, desta forma não é possível extinguir créditos ocorridos no decorrer do ano e apurar restituição ou mais imposto a pagar quando o crédito for definitiva e finalmente constituído, logo não se pode excluir um crédito inconcluso e não constituído;

3) em decorrência da assertiva imediatamente acima, a contagem do prazo de decadência somente poderia iniciar em 30/04/94;

4) a publicação da Instrução Normativa SRF nº 165/1998 altera data de início do prazo decadencial da restituição nos casos de PDV e PDI, que somente pode iniciar em 06 de janeiro de 1999;

5) alega em sua defesa diversos acórdãos dos Conselhos de Contribuintes;

6) a DRJ não se manifestou sobre o Parecer Cosit nº 04, de 28 de janeiro de 1999, que expressamente reconhece que o prazo decadencial do pedido de restituição é contado a partir da data do ato que concede ao contribuinte o efetivo direito de pleitear a restituição;

7) cita decisão favorável no âmbito da Justiça Federal, alegando referir-se ao caso de seus ex-colegas da ex-pregadora onde receberam a verba que deu origem a este processo;

8) Sobre a constatação da DRJ de que não participou de PDV ou PDI alega;

8.1) que em 1993 não existia o termo PDV/PDI, que surgiu em 1996, e a empresa, ao mesmo tempo em que diz que não fez PDV ou PDI, afirma que gratificou por motivo de racionalização e por liberalidade;

8.2) por meio de perguntas sugere que todo PDV tem por objetivo racionalizar e que nenhuma empresa está obrigada a fazer PDV;

8.3) que o plano ao qual aderiu denominou-se "RACIONALIZAÇÃO ORGANIZACIONAL — RO", cuja cópia foi juntada ao processo;

8.4) que esse plano previa: a) três meses para o empregado optar e obter os benefícios aludidos nos itens "b", "c" e "d"; b) indenização calculada em tempo de casa, estado civil, número de filhos, idade, cargo, optar um ou dois meses mais cedo, gravidez, na proximidade da aposentadoria, etc; e c) Extensão de tempo na participação da empresa nos valores do prêmio de seguro de vida e do plano de saúde e para o acesso aos médicos e aos dentistas próprios, etc;

8.4) que a comunicação do Plano aos funcionários era feita paulatinamente em razão de questões operacionais da empresa;

8.5) a conclusão da DRJ de que a decisão sobre a demissão era do empregador não resiste aos fatos de que se oferecia mais indenização para quem optasse um ou dois meses mais cedo e o plano tinha uma curta vigência;

8.6) a conclusão da DRJ de que a demissão era de escolha da empregadora, extraída da informação de que nos procedimentos para divulgação do RO estava previsto não divulgar na sexta-feira e nos fins de expediente, está errada pois se a empregadora estivesse demitindo controlaria o fluxo, determinaria o dia e a hora de apresentação ao Departamento de Pessoal ou a seu representante, poderia escalonar e comunicar por carta, telegrama, de forma que não se preocupariam tanto com a demanda;

8.7) não haveria como a ex-empregadora se adequar Norma de Execução SRF/COTEC/COSIT/COSAR/COFIS nº 2, editada em 2/07/1999, pois as demissões em comento ocorreram em 1993, as normas para regular esses planos somente começaram a surgir com o Decreto 2.076, de 20/11/1996; e

8.8) o plano em apreciação possuía todas as características do PDV: liberalidade da indenização, opção e racionalização.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Jorge Claudio Duarte Cardoso, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, dele deve-se tomar conhecimento.

A matéria submetida ao julgamento de segunda instância é delimitada à decadência ou não do direito de pleitear a restituição de valores de imposto de renda retido na fonte feitos, segundo alega o requerente, a título de adesão a Programa de Incentivo ao Desligamento Voluntário - PDV, durante o ano-calendário de 1990.

Conforme despacho decisório de fls. 35/36, o pedido de restituição foi indeferido com fundamento na decadência, sem que tenha sido apreciado o mérito propriamente dito, o mesmo ocorrendo na primeira instância de julgamento.

O caso em questão refere-se a pagamento/retenção de tributo alegadamente indevido, matéria regulada pelo inciso I do art. 165 c/c inciso I do art. 168 do CTN.

*Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:*

*I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;*

No que toca aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso destes autos, a matéria foi alvo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, tendo a jurisprudência do STJ oscilado entre duas correntes: a que estabelecia o marco inicial com o

pagamento/retenção (princípio da *actio nata* - ERESP 423.994/SC, 1ª Seção, Min. Peçanha Martins, sessão de 08.10.2003) e a que considerava que, não havendo homologação expressa, o termo inicial ocorre com a homologação tácita contada a partir do fato gerador.

Essa última corrente veio a consolidar-se no âmbito daquele Tribunal Superior sob a denominação de *tese dos 5 mais 5*.

Ocorre que no intuito de interpretar o inciso I do art. 168 do CTN foi publicada, no Diário Oficial da União (DOU) de 9 de fevereiro de 2005, a Lei Complementar nº 118, de mesma data, estipulando que, no caso de tributos sujeito a lançamento a extinção do crédito tributário a que se refere ao inciso I do art. 168 do CTN ocorre no momento do pagamento antecipado de que trata o §1º do art. 150 do CTN.

*Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.*

Além disso, a referida Lei Complementar em seu art. 4º dispôs expressamente sobre a observância do inciso I do art. 106 do CTN, que por sua vez prescreve a aplicação retroativa, em qualquer caso, quando se trate de lei expressamente interpretativa.

Eis os textos legais supra indicados:

*Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.*

*Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

*I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; (...)*

O presente julgado subsume-se aos ditames dos art. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005.

O STJ primeiramente consolidou o entendimento de que referida Lei Complementar somente seria aplicável aos processos ajuizados após sua vigência e, em seguida, firmou entendimento de que somente é aplicável aos pagamentos efetuados após sua vigência (AgRg nos ERESP 644.736-PE, DJ 27/8/2007. REsp 1.002.932-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2009)

Ao assim decidir, o Tribunal Superior afastou a aplicação da Lei Complementar por inconstitucionalidade, ainda que não houvesse deixado esse fundamento exposto.

Contudo, essas decisões foram objeto de apelo ao STF (RE 482090/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa) porque, ainda que não mencionada expressamente a inconstitucionalidade, ao afastar a aplicação da Lei Complementar 118/2005, sob o

fundamento de que feria princípios como os da segurança jurídica, da irretroatividade ou do direito adquirido, o STJ somente poderia declarar a inconstitucionalidade da lei com observância à reserva de plenário, estampada no art. 97 da Constituição de 1988.

O Pleno do STF determinou a devolução da matéria ao órgão fracionário do STJ, a fim de que fosse observado o art. 97 da CF.

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DE NORMA FEDERAL. CAUSA DECIDIDA SOB CRITÉRIOS DIVERSOS ALEGADAMENTE EXTRAÍDOS DA CONSTITUIÇÃO. RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 118/2005, ARTS. 3º E 4º. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (LEI 5.172/1966), ART. 106, I. RETROAÇÃO DE NORMA AUTO-INTITULADA INTERPRETATIVA. "Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição" (RE 240.096, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 21.05.1999). Viola a reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) acórdão prolatado por órgão fracionário em que há declaração parcial de inconstitucionalidade, sem amparo em anterior decisão proferida por Órgão Especial ou Plenário. Recurso extraordinário conhecido e provido, para devolver a matéria ao exame do Órgão Fracionário do Superior Tribunal de Justiça.(RE 482090/SP, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento de 18/06/2008, Tribunal Pleno).*

Suprida essa deficiência, o STJ veio a declarar pelo seu Órgão Especial a inconstitucionalidade da parte final do art. 4º da Lei Complementar 118/2005 (observado quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional).(AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

Levada a questão ao STF, no RE 561.908-RG/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, foi reconhecida a repercussão geral da matéria, implicando na suspensão do processamento dos demais processos até decisão do STF no referido Recurso Extraordinário, nos termos do parágrafo único do art. 328, Regimento Interno do STF e do art. 543-B do CPC.

De outro giro, o Plenário do STF iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, que trata da mesma matéria (Informativo STF nº 585), cujos votos até então prolatados podem ser resumidos da seguinte forma:

1) a ministra Ellen Gracie adotou, o entendimento do próprio STF na Súmula 445, em detrimento da aplicação do art. 2.028 do Código Civil, e reconheceu que, tendo a Lei Complementar nº 118/2005 estabelecido aplicação retroativa, só caberia eliminar o que é inconstitucional, não havendo lacuna que permita a invocação do art. 2.028 do Código Civil, considerando inconstitucional a segunda parte do artigo 4º da LC 118/05, por violação à segurança jurídica, entendendo aplicável o novo prazo às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

2) o ministro Marco Aurélio foi o segundo a votar e abriu a divergência em relação ao voto da ministra Ellen Gracie, entendendo que a Lei Complementar nº 118/2005 apenas interpreta a regra que já valia – ou seja, a reclamação dos valores pagos indevidamente deve ser feita no prazo de cinco anos segundo o que estaria previsto desde 1966, no CTN, segundo o Ministro Marco Aurélio, foi o STJ que flexibilizou indevidamente esse prazo para dez anos;

3) os ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Cezar Peluso votaram de acordo com a ministra Ellen Gracie, entretanto, para o ministro Celso de Mello, o novo prazo só poderia ser aplicado aos fatos (indébitos) posteriores à vigência da Lei Complementar nº 118/2005;

4) os ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Gilmar Mendes votaram com o Ministro Marco Aurélio.

O julgamento foi suspenso para aguardar-se o voto do Ministro Eros Grau.

Um fato é certo, não aplicar ao presente litígio o marco inicial estipulado pelo art. 3º c/c art. 4 da Lei Complementar 118/2005 requer fundamentação em inconstitucionalidade do dispositivo legal. Portanto, o julgamento deste processo envolve preliminarmente a discussão sobre a competência desse Conselho Administrativo.

Sobre esse ponto há previsão expressa no art. 62 do Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009):

*Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*

*Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:*

*I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou*

*II - que fundamente crédito tributário objeto de:*

*a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;*

*b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou*

*c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.*

Não se trata de qualquer de qualquer dessas hipóteses excepcionais.

Ressalte-se que não há pronunciamento do Plenário do STF em decisão definitiva. Pelo contrário, a matéria ainda está em julgamento no STF, cujos informativos de jurisprudência dão conta de que os Ministros da Corte Suprema estão divididos.

Ademais, de mesmo teor das Súmulas 2 dos 1º e 2º Conselhos de Contribuintes é a Súmula CARF nº 2, de observância obrigatória pelos membros do CARF (art. 72 do Regimento Interno do CARF).

*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Tratando do mesmo tema a CSRF tem proferido diversos acórdãos em que, com fulcro na incompetência do CARF para afastar a aplicação de lei por inconstitucionalidade, julga o litígio aplicando o marco inicial com a interpretação dada pela Lei Complementar nº 118/2005, tendo, inclusive, com base no acórdão paradigma proferido no recurso voluntário nº 227.494 julgado vários processos na sistemática de recursos repetitivos, nos termos do art. 47 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009.

A título de exemplo, há os acórdãos 9303-00.638 a 9303-00.641, de 2 de fevereiro de 2002, Presidente e Relator Conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto que foram assim ementados:

*O dies a quo para contagem do prazo prescricional de repetição de indébito é o da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado e o termo final é o dia em que se completa o quinquênio legal, contado a partir daquela data.*

Peço vênia para transcrever apenas alguns trechos do voto paradigma proferido pelo ilustre Relator Conselheiro Henrique Pinheiro Torres no acórdão 9303-00545, de 1º de fevereiro de 2010.

*Vale dizer, como observou a Primeira Turma desta Corte por ocasião do julgamento do RE 24 0.096 (rei. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 21.05.1999), “reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição”.*

(...)

*Da leitura do acórdão, dúvida não há que, segundo o Supremo Tribunal Federal, qualquer medida no sentido de afastar a aplicação de dispositivo de lei vigente, importa em controle incidental de inconstitucionalidade.*

*Em outro giro, como bem destacou o Ministro Joaquim Barbosa no voto condutor do acórdão transcrito linhas acima, o art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 pretendeu superar o entendimento vigente sobre o termo inicial da prescrição e firmar uma única possibilidade interpretativa para a contagem do prazo de prescrição de indébito relativo a tributo sujeito a lançamento por homologação. Agora, se o art. 4º, que determinou a aplicação retroativa da interpretação trazida no art. 3º, padece de vício de inconstitucionalidade, não cabe a este Colegiado isto declarar, como será demonstrado a seguir.*

(...)

Um dos pilares do entendimento da CSRF em referência é a forma como funciona o controle de constitucionalidade no Brasil.

*Quanto ao momento de sua realização, o controle é dividido em preventivo e repressivo, o primeiro realizado durante o processo legislativo e, o segundo, após a entrada em vigor da lei.*

*O preventivo é exercido, inicialmente, pelas Comissões de Constituição e Justiça do Poder Legislativo (art. 32, III, do Regimento Interno da Câmara Federal e art. 110 do Regimento Interno do Senado Federal, todos fundamentados no art. 58 da CF/88) e, posteriormente, pela participação do Chefe do Executivo no processo legislativo, quando poderá vetar a lei aprovada pelo Congresso Nacional por entendê-la inconstitucional, nos termos do art. 66, § 1º, da CF/88, denominado veto jurídico.*

*Por sua vez, se o projeto de lei é de iniciativa do Poder Executivo, ou se se trata de Medida Provisória, há, ainda, além dos controles de constitucionalidade acima mencionados, o realizado previamente, no âmbito do Poder Executivo, pela Casa Civil da Presidência da República, por força do estatuído no art. 2º da Lei nº 9.649, de 27/05/1998, que assim dispõe:*

*Art. 2º. À Casa Civil da Presidência da República compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições, especialmente na coordenação e na integração das ações do governo, na verificação prévia da constitucionalidade e legalidade dos atos presidenciais, ... (grifo nosso).*

*O repressivo, por sua vez, poderá se dar de maneira concentrada, por via de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, competindo em ambos os casos, somente, ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar tais ações, conforme dispõe a alínea "a" do inciso I do art. 102 da Constituição Federal de 1988.*

*Pode ainda o controle repressivo dar-se de forma difusa, ou seja, como incidente processual, no julgamento de casos concretos.*

*Depois de tudo o que aqui foi dito, pergunta-se:*

*- podem os órgãos judicantes da administração afastar a aplicação de lei inconstitucional?*

*- podem esses órgãos afastar a aplicação de lei que entenderem inconstitucional ou incompatível com a constituição?*

*A resposta à primeira pergunta é positiva, pois a lei inconstitucional, como bem asseverou Marshal, não é lei, é ato nulo. Por conseguinte, não obriga, não vincula ninguém.*

*Já a resposta à segunda pergunta é negativa, pois da interpretação sistemática da Constituição Federal (especialmente dos seus arts. 97; 102, III, "a" e "c"; e 105, II,*

“a” e “b”), tem-se que a competência para realizar o controle difuso de constitucionalidade é exclusiva do Poder Judiciário e estendida a todos os seus componentes.

Nesse sentido, valiosas são as palavras do ex-Procurador-Geral da República e Professor Titular da Universidade de Brasília, Dr. Inocêncio Mártires Coelho, conforme elucidativo artigo por ele publicado na Revista Jurídica Virtual (nº 13) da Presidência da República, do qual transcrevemos o seguinte trecho:

*...Nessa linha de raciocínio - que ousaríamos chamar fática, livre e realista - e ainda acompanhando o pensamento do maior jurista do século XX, pode-se dizer, igualmente, que sem aquela declaração de incompatibilidade, **proferida pelo órgão a tanto legitimado, nenhuma norma será reputada inconstitucional; que onde a Constituição não atribuir a algum órgão, distinto do que produz as leis, a prerrogativa de aferir-lhes a constitucionalidade, norma alguma poderá reputar-se inconstitucional; e que, finalmente, enquanto não for anulada - e nos limites em que o seja - toda lei é simplesmente constitucional...** (grifo nosso).*

*Por tais razões, pode-se concluir, que, não tendo a Constituição Federal de 1998 dado competência a órgãos da administração para efetuarem o controle repressivo de constitucionalidade das leis, não podem seus órgãos judicantes afastar a aplicação de lei que julgarem inconstitucional, pois **competência não tem quem quer, mas quem a teve atribuída pela Constituição.***

*No mesmo sentido, é a lição de Lúcio Bittencourt<sup>1</sup> a respeito da incompetência dos órgãos do Poder Executivo para afastar a aplicação de uma lei sob alegação de sua inconstitucionalidade:*

*É princípio assente entre os autores, reproduzindo a orientação pacífica da jurisprudência, que milita sempre em favor dos atos do Congresso a presunção de constitucionalidade. **É que ao Parlamento, tanto quanto ao Judiciário, cabe a interpretação do Texto constitucional**, de sorte que, quando uma lei é posta em vigor, já o problema de sua conformidade com o Estatuto Político foi objeto de exame e apreciação, devendo-se presumir boa e válida a resolução adotada.*

(...)

*Desta feita, se o órgão administrativo deixa de aplicar lei vigente por considerá-la inconstitucional, não apenas invade a esfera de competência do Poder Judiciário como também fere de morte um dos princípios norteadores da administração pública, qual seja, o princípio da hierarquia, pois se está discordando do Chefe do Poder Executivo que, ao não vetar a lei, está reconhecendo sua constitucionalidade.*

(...)

*A declaração incidental de inconstitucionalidade de lei é ato de tamanha **gravidade**, que, desde a Constituição Federal de 1934,*

<sup>1</sup> Bittencourt, Lúcio - O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade, Forense, 1968, 2ª edição, págs. 91 a 96.

*há exigência expressa de reserva de plenário para que os tribunais exerçam o controle difuso de constitucionalidade. Por essa regra, suscitado o incidente de inconstitucionalidade por um dos membros do tribunal, suspende-se o julgamento do processo e remete-se a questão incidental para o pleno ou órgão que o represente. A inconstitucionalidade somente será declarada por voto da maioria absoluta dos membros do tribunal (art. 97 da Seção I do Capítulo III - **Do Poder Judiciário** - do Título IV - Das Organizações dos Poderes da CF/88). Essa exigência veio para uniformizar a interpretação constitucional no âmbito de cada tribunal. E como se processaria o incidente de inconstitucionalidade no processo administrativo, já que, diferentemente do que ocorre nos tribunais do Judiciário, nos administrativos não há a previsão para tal. Aliás, não poderia mesmo haver, pois, conforme já fartamente demonstrado, órgão nenhum da administração tem poderes para exercer o controle difuso de constitucionalidade.*

*Ora, se para os tribunais do Judiciário é exigida a reserva de plenário, como então, querer que os órgãos judicantes da administração, por suas turmas ou Câmaras, possam exercer o controle de constitucionalidade. Se assim fosse possível, a esfera administrativa estaria investida de mais poder do que o próprio judiciário. E o que dizer, então, da impossibilidade de a Fazenda Nacional recorrer ao Supremo Tribunal Federal quando a instância administrativa julgar determinada lei inconstitucional, o que não ocorre quando o controle é feito no Judiciário.*

*Veja-se ao absurdo a que chegaríamos: se determinada lei fosse declarada inconstitucional em controle difuso, a questão, se as partes forem diligentes, iria ser decidida, em última instância, pelo STF. Agora reparem, se a inconstitucionalidade fosse apontada na esfera administrativa, a questão sequer chegaria a ser discutida no Judiciário, que dirá no Supremo Tribunal Federal. Com isso, a decisão administrativa teria mais força do que a de todos os outros órgãos do Poder Judiciário, à exceção do Supremo. Em outras palavras, em matéria de inconstitucionalidade, a Câmara Superior de Recursos Fiscais estaria alçada no mesmo patamar do STF, pois da decisão que declarasse alguma lei inconstitucional, assim como ocorre no STF, não caberia qualquer recurso.*

*De tudo o que foi dito, resta concluir que falece aos órgãos judicantes da Administração competência para afastar a aplicação de lei ainda vigente. Missão atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário.*

Adiro a esse entendimento da CSRF, que é incompatível com o entendimento de que o prazo para pleitear a restituição, em se tratando de PDV, contar-se-ia a partir da publicação da Instrução Normativa SRF nº 165/1998.

Por fim, oportuno mencionar precedente do STJ no qual foi consignado que a IN SRF 165/1998 e ao Ato Declaratório SRF 03/1999 não têm o condão de interromper o prazo prescricional para o ajuizamento de ação de repetição de indébito.

*TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO DE RENDA. PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA - PDV. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO.*

- 1. A IN-SRF 165/98 e o Ato Declaratório-SRF 03/99 não têm o condão de interromper o **prazo** prescricional para o ajuizamento de ação de repetição de valores recolhidos a título de Imposto de Renda no momento da adesão a Plano de Demissão Voluntária.*
- 2. O parágrafo único do art. 174 do CTN prevê as hipóteses de interrupção do **prazo** prescricional para o ajuizamento das ações de cobrança do crédito tributário, hipótese diversa da dos autos, que cuidam de repetição de indébito.(...)( REsp 980140 / MG, de 18/03/2008, Relator Ministro Castro Meira)*

Não obstante o acórdão recorrido tenha manifestado entendimento de que não há comprovação nos autos de que houve um Programa de Demissão Voluntária, com o reconhecimento da decadência do direito de pleitear a restituição, ou mesmo prescrição para quem entende dessa forma, fica prejudicada a apreciação de ter ou não havido um Programa de Demissão Voluntária.

Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Jorge Claudio Duarte Cardoso

## Voto Vencedor

Conselheira Valéria Pestana Marques – Redatora Designada

Em que pese o bem articulado voto do proferido pelo lustre Conselheiro Relator, peço vênia, para de ele discordar em face de jurisprudência administrativa já firmada no âmbito deste Conselho no concernente ao tema em apreço, a qual tem sido, pelo menos até agora, a bússola de meus votos acerca do assunto em foco.

Conforme já noticiado, o ora recorrente protocolizou em 16/12/2003 junto a então Delegacia da Receita Federal em Belo Horizonte/SP, pedido de restituição do imposto relativo à sua declaração de rendas do exercício financeiro de 1994 em face de sua alegada adesão a Programa de Desligamento Voluntário – PDV.

Todavia, tal pleito foi tomado, tanto pela DRF de origem, quanto pela autoridade julgadora de 1ª instância como fulminado pela decadência.

Os valores pagos por pessoas jurídicas a seus empregados a guisa de PDV não se sujeitam à incidência do imposto de renda na fonte ou na Declaração de Ajuste Anual. Foi esse entendimento, pacificado em decorrência de reiterados pronunciamentos do Poder Judiciário, que levou a Fazenda Nacional a reconhecer a não-incidência tributária sobre tais verbas, por indenizatórias.

Por via de consequência, foi editada a Instrução Normativa do então Secretário da Receita Federal n.º 165, em 31/12/1998, que publicada no Diário Oficial da União de 06/01/1999, assim dispõe:

*Art. 1º. Fica dispensada a constituição de créditos da Fazenda Nacional relativamente à incidência do Imposto de Renda na fonte sobre as verbas indenizatórias pagas em decorrência de incentivo à demissão voluntária.*

*Art. 2º. Ficam os Delegados e Inspetores da Receita Federal autorizados a rever de ofício os lançamentos referentes à matéria de que trata o artigo anterior, para fins de alterar total ou parcialmente os respectivos créditos da Fazenda Nacional.*

.....

Depreende-se do exposto que a Administração Tributária no concernente às verbas indenizatórias de adesão a PDV, além de reconhecer a impossibilidade da constituição de novos créditos tributários, posto tratar-se de verbas não abrangidas pelo campo de incidência tributária do imposto de renda, orientou ainda que aquelas exações já constituídas sobre tal matéria tributável fossem revistas, com o fito de alterar total ou parcialmente os lançamentos efetuados.

Com a edição do indigitado ato administrativo, ocorreu uma alteração de direitos dos contribuintes, até então por estes não sabida.

Assim, ficou alterado o termo inicial para que as pessoas físicas pudessem buscar junto ao Erário Público o que lhes fora retido indevidamente.

E de outra forma não poderia ser. As retenções até então efetuadas eram pertinentes, já que decorrentes da lei. Assim, antes do reconhecimento da não-incidência do imposto pela autoridade tributária, tanto as fontes pagadoras quanto os contribuintes agiram dentro dos estritos limites legais.

Ou melhor, reconhecida a não-incidência do tributo, quer por decisão judicial transitada em julgado, quer com a publicação de ato da administração pública, é que foi gerado o direito a que se refere o artigo 165 do CTN – Código Tributário Nacional.

Destarte, a partir da publicação da IN SRF n.º 165, em 06/01/1999, é que se tem o marco inicial para a contagem do interstício decadencial para que as pessoas físicas pudessem vir a pleitear a restituição do imposto retido-lhe na situação em comento.

Conseqüentemente o prazo final de tal pleito se esgotaria, nesse diapasão, em 05/01/2004, enquanto que a solicitação em tela foi protocolizada, como já dito, em 16/12/2003.

Ou seja, não tendo ocorrido lapso de tempo superior a 5 (cinco) anos entre a data de reconhecimento da não-incidência pela IN SRF n.º. 165, de 1998 e a do pedido de restituição, não é de se falar na decadência do direito do contribuinte em pleitear a restituição do tributo descontado-lhe indevidamente.

Em face de todo o exposto, **voto** no sentido de dar provimento ao recurso interposto para afastar a preliminar de decadência do direito de pedir do recorrente, devendo os autos retornarem à DRF de origem para enfrentamento do mérito.

Brasília/DF, Sala de Sessões, 08 de fevereiro de 2011.

(assinado digitalmente)

Valéria Pestana Marques – Redatora Designada