

PFN

CBI F



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

**Processo nº** 10805.002689/2003-56  
**Recurso nº** 162.703 Voluntário  
**Acórdão nº** 2802-00.512 – 2ª Turma Especial  
**Sessão de** 23 de setembro de 2010  
**Matéria** IRPF. RESTITUIÇÃO. PDV  
**Recorrente** ROLAND GILJUM  
**Recorrida** Fazenda Nacional

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Exercício: 1991

Ementa:

DECADÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. CONTROVÉRSIA JURÍDICA SOBRE A LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PARA FATO ANTERIOR À LEI COMPLEMENTAR 118, DE 2005.

Nos casos de indébito que se exterioriza no contexto de solução jurídica conflituosa, o prazo para reclamar a restituição do pagamento indevido só tem início com a decisão definitiva da controvérsia. Em se tratando de tributos cuja obrigatoriedade é compulsória, mesmo que cobrados com base em norma que afronta a Constituição, estes são devidos até que se verifique uma das seguintes condições: a) Decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade da norma que instituiu o tributo; b) Resolução do Senado Federal editada nos termos do artigo 52, X, da CF, suspendendo a execução, no todo ou em parte, da norma declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e c) publicação pela Administração Pública de ato através do qual ela passa a reconhecer a que o tributo é indevido.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

**EXERCÍCIO: 1991**

VERBAS INDENIZATÓRIAS. PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. 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, tal como sobre verbas percebidas a guisa de PDV, é a data da publicação do ato administrativo que reconheceu o indébito, *in casu*,

a Instrução Normativa SRF n.º 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 de se avocar o instituto da decadência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, DAR PROVIMENTO ao recurso para REJEITAR A DECADÊNCIA DO DIREITO DE PEDIR do contribuinte, devolvendo os autos à origem para apreciação das razões de mérito. Vencidos o Relator Jorge Cláudio Duarte Cardoso e a Conselheira Lúcia Reiko Sakae que suscitavam a decadência do direito do interessado. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Valéria Pestana Marques.

(Assinado digitalmente)

Valéria Pestana Marques – Presidente e Redatora Designada.

(Assinado digitalmente)

Jorge Cláudio Duarte Cardoso - Relator.

EDITADO EM:

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ana Paula Locoselli Erichsen, Carlos Nogueira Nicácio, Jorge Cláudio Duarte Cardoso, Lúcia Reiko Sakae e Valéria Pestana Marques (Presidente). Ausente, justificadamente, o Conselheiro Sidney Ferro Barros.

## Relatório

Visando à restituição do valor que sustenta ter sido indevidamente retido do Imposto de Renda (IRRF), o ora recorrente protocolou, em 22/12/2003, pedido de restituição perante a Delegacia da Receita Federal em Santo André, que foi indeferido sob o argumento de que houve decadência do direito de pleitear a restituição, cujo prazo, nos termos do inciso I do art. 168 do Código Tributário Nacional (CTN) é de cinco anos a contar da extinção do crédito tributário, vinculado à interpretação dada pelo Ato Declaratório SRF n.º 096/1999 que, por sua vez, acolheu o critério expresso no Parecer PGFN/CAT n.º 1.538/99.

A manifestação de inconformidade foi indeferida, sob os mesmos fundamentos.

Ciente da decisão de primeira instância em 22/08/2007 (fls. 41-verso), o requerente apresentou recurso voluntário em 18/09/2007 (fls. 42), no qual, após mencionar decisões judiciais e administrativas que lhe são favoráveis, requer em síntese:

a) o reconhecimento do direito do Recorrente à restituição dos valores que foram, indevidamente retidos a título de Imposto de Renda, tendo em vista a Súmula 215 do Superior Tribunal de Justiça e a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 165, de 31 de dezembro de 1998, publicada no Diário Oficial da União de 06/01/1999;

b) a não ocorrência da prescrição, já que o marco inicial da prescrição/decadência para a repetição do indébito é a data da publicação do ato administrativo, no caso a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 165, de 31 de dezembro de 1998, sendo irrelevante a data do pagamento do indébito, como reconhecido pela jurisprudência administrativa; e

c) a expedição de ofício à empresa empregadora do Recorrente para fornecimento do documento comprobatório da retenção do Imposto de Renda na fonte, vez que se trata de documento em posse de terceiro que, como declarou em documento juntado aos autos, só autoriza o seu fornecimento mediante ordem judicial e/ou administrativa.

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. 19/22, 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 nove 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. 3ª 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. 4ª Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3ª, 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 o houvesse deixado essa fundamento expreso.

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 558), 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 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.*

Assinado digitalmente em 05/10/2010 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO 01/10/2010 por VALERIA PESTANA MARQUES

Autenticado digitalmente em 01/10/2010 por VALERIA PESTANA MARQUES

Emitido em 16/11/2010 pelo Ministério da Fazenda

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, 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*

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

*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. INTERRUÇÃO.**

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)*

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

(Assinado digitalmente)

Jorge Claudio Duarte Cardoso - Relator

## Voto Vencedor

Em que pese o extremamente bem articulado e ricamente ilustrado voto do proferido pelo Conselheiro Relator, peço vênia, para dele discordar.

E isso porque considero que o voto vencedor foi essencialmente construído sob a tese de que com a edição da Lei Complementar n.º 118/2005 – sobretudo em face de seus arts. 3º e 4º - a fixação de um *dies a quo* diferente da data do pagamento antecipado para a contagem do prazo decadencial, ou talvez em melhor técnica, prescricional para a interposição de repetição de indébito constituiria arguição da constitucionalidade do aludido Diploma Legal, procedimento vedada aos órgãos administrativos ainda que judicantes.

Registre-se, por oportuno, que em excerto do próprio voto vencido tem-se que a apreciação da matéria pelo STF teve “o julgamento ... suspenso para aguardar-se o voto do Ministro Eros Grau ”

Isto posto, entendo que não está esse colegiado se excedendo em suas atribuições quando fixa tal marco de forma diversa da acima exposta, em especial no caso concreto que trata da restituição do IR retido na fonte pela adesão a Plano de Demissão Voluntária – PDV.

Para tanto, considero mister transcrever trecho do voto condutor proferido pelo eminente Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva, no acórdão 102-49.278, de 11 de setembro de 2008, *in verbis*:

*Partindo do conceito legal de tributo, de que trata o artigo 3º do CTN, como sendo "toda a prestação de natureza pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada", tem-se que uma vez editada determinada norma pela Administração exigindo certo tributo, ao particular nasce a obrigação, independentemente de sua vontade ou concordância, de satisfazer a exigência tributária.*

*Mesmo nas hipóteses em que a norma que exige o tributo esteja em desconformidade com o texto constitucional cabe ao sujeito passivo a obrigação de satisfazer o pagamento, pois os atos editados pelo poder público, até decisão em contrário, gozam de presunção de legalidade.*

*Nos casos de indébito que se exterioriza no contexto de solução jurídica conflituosa, o prazo para reclamar a restituição do pagamento indevido só tem início com a decisão definitiva da controvérsia. Em se tratando de tributos cuja obrigatoriedade é compulsória, mesmo que cobrados com base em norma que afronta a Constituição, estes são devidos até que se verifique uma das seguintes condições:*

*a) Decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade da norma que instituiu o tributo;*

*b) Resolução do Senado Federal editada nos termos do artigo 52, X, da CF, suspendendo a execução, no todo ou em parte, da norma declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e;*

*c) publicação pela Administração Pública de ato através do qual ela passa a reconhecer a que o tributo é indevido.*

Isto posto, cumpre ressaltar que no caso específico do PDV o reconhecimento da não-incidência tributária restou pacificado, inclusive pela Fazenda Nacional, depois de reiterados pronunciamentos do Poder Judiciário nesse sentido.

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

*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.*

Particularmente, entendo que, na espécie, a Administração Tributária quando assim procedeu tratou os indêbitos efetiva e comprovadamente fundados em adesão pelas pessoas físicas a Planos de Demissão Voluntária como uma exceção, tão-só, *smj*, em respeito ao princípio constitucional da moralidade.

Depreende-se do exposto que o Fisco, no concernente às verbas indenizatórias em questão, 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 já efetuados.

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

Assim sendo, pessoalmente considero que tenha ficado 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, em que pese o precedente do STJ citado pelo Conselheiro Relator em seu voto, ainda firmo minha convicção, já expressa em outros julgados de minha relatoria, no sentido de que 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 na situação em comento.

Dessa forma, considero esclarecida a razão porque entendo razoável a interpretação de que o prazo para a restituição dos indébitos oriundos de adesão a programas demissionais voluntários comece a ser contado com a publicação da IN SRF n.º 165, em 06 de janeiro de 1999.

Conseqüentemente, o prazo final de tal pleito se esgotaria em 05/01/2004, enquanto que a solicitação em comento foi requerida, como já dito, em 22/12/2003, a qual corresponde à data de protocolização do presente processo.

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 em lide, não é de se falar na decadência, ou prescrição, do direito do contribuinte de pleitear a restituição do IRRF em comento.

Todavia, impende observar que o artigo 2º do Decreto-Lei n.º 1.968, de 23/11/1982, com redação dada pelo art. 2º do Decreto-lei nº 2.065, de 26/10/1983, determinou que o imposto sobre a renda, recolhido a título de retenção ou antecipação, seria compensado com o imposto devido na declaração de rendimentos.

Assim, *in casu*, caso haja o efetivo reconhecimento do indébito, do total de rendimentos tributáveis constantes da declaração de rendimentos do recorrente relativa ao ano-calendário 1991, exercício 1992, deverá ser excluído o montante da indenização porventura reconhecida a título de PDV, para que seja então apurado o imposto de renda a restituir.

O indébito a ser repetido, em sendo o caso, será a diferença entre o novo imposto a restituir calculado na forma supra elencada e o eventualmente já devolvido ao recorrente quando do processamento de sua declaração original.

Destarte, 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 retornar à DRF de origem, para enfrentamento do mérito.

Brasília/DF, Sala das Sessões, em 23 de setembro de 2010.

(Assinado digitalmente)

Valéria Pestana Marques – Redatora Designada

Processo nº 10805.002689/2003-56  
Acórdão nº 2802-00.512

S2-TE02  
Fl. 8

---

Assinado digitalmente em 05/10/2010 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO. 01/10/2010 por VALERIA PESTANA MARQUES

Autenticado digitalmente em 01/10/2010 por VALERIA PESTANA MARQUES

Recebido em 16/11/2010 pelo Ministério da Fazenda



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

Processo nº: **10805.002689/2003-56**

Recurso nº : **162.703**

**TERMO DE INTIMAÇÃO**

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à **Segunda Câmara da Segunda Seção**, a tomar ciência do Acórdão nº **2802-00.512**

Brasília/DF, 17/11/2010.

---

EVELINE COELHO DE MELO HOMAR  
Chefe da Secretaria  
**Segunda Câmara da Segunda Seção**

Ciente, com a observação abaixo:

- (.....) Apenas com ciência
- (.....) Com Recurso Especial
- (.....) Com Embargos de Declaração

Data da ciência: \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_

Procurador(a) da Fazenda Nacional