



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	10830.004862/2003-43
Recurso nº	153.605 Voluntário
Matéria	IRPF Ex: 1997
Acórdão nº	102-48.292
Sessão de	28 de março de 2007
Recorrente	GILBERTO GAMBARO
Recorrida	3ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Exercício: 1997

Ementa: DECADÊNCIA – Considerado que o tributo indevido pode ser resultante da incidência sobre verbas decorrentes de participação em Programas de Desligamento Voluntário, para as quais o reconhecimento das características indenizatórias pela Administração Tributária ocorreu por ato normativo, no qual presente ordem para a revisão dos lançamentos ainda não definitivos, aqueles não contemplados por essa providência têm prazo igual ao autorizado à revisão de ofício para por ela protestar, com início de contagem na data-limite para a referida execução.

Recurso provido.

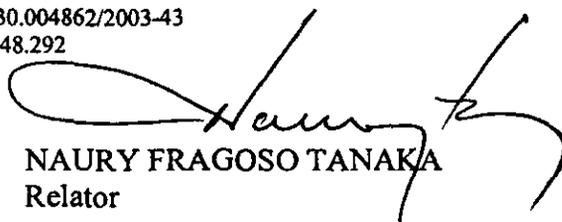
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, para AFASTAR a decadência e determinar o retorno dos autos à 3ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II para o enfrentamento do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
Presidente

Processo n.º 10830.004862/2003-43
Acórdão n.º 102-48.292

CC01/C02
Fls. 2



NAURY FRAGOSO TANAKA
Relator

FORMALIZADO EM: 16. MAI 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, SILVANA MANCINI KARAM, ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA, MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.



Relatório

Litígio decorrente do inconformismo da pessoa física com a decisão de primeira instância, fl. 38, na qual, por unanimidade de votos, indeferido o pedido de restituição em razão da caducidade decorrente da interposição após o transcorrer do prazo legal para esse fim.

Referida petição tem por objeto a restituição do tributo incidente sobre gratificação denominada “Indeniz. Esp. Pessoal” considerada de natureza indenizatória pela participação em Programa de Demissão Incentivada da IBM Brasil – Indústria, Máquinas e Serviços Ltda, fl. 1, que estaria comprovada com a cópia do Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho, fl. 16.

Na unidade de origem, decidido pela negativa ao pedido com fundamento na ineficácia em razão da decadência do direito, na forma do artigo 168, I, do CTN. Despacho Decisório, fls. 20 e 21.

Não conformado com a posição contrária aos seus interesses em 1ª instância, a pessoa física, representada por Flávio Ricardo Ferreira, OAB SP nº 198.445, interpôs recurso dirigido ao E. Primeiro Conselho de Contribuintes em 10 de agosto de 2006, fl. 57, no qual presentes os seguintes argumentos:

1. posicionamento incorreto do digno colegiado por ter fundamento na orientação contida no AD SRF nº 96/99, no sentido de que deveria ser tomado a data do pagamento para fins de referencial de contagem do prazo decadencial do direito de pedir a restituição. Alega a defesa que a Administração Tributária havia manifestado entendimento diverso no Parecer COSIT nº 58/98, quanto às leis declaradas inconstitucionais. Contestados alguns dos argumentos contidos no Parecer PGFN/CAT/nº 1.538, de 1999, por entender a defesa que este serviu de único fundamento ao referido ato. Justificativas contrárias ao entendimento posto no referido AD.

2. Pedido pela aplicação das normas presentes na IN SRF nº 165, de 1998, com marco referencial de contagem ao prazo decadencial em 6 de janeiro de 1999, data da publicação, com justificativa na complexidade da matéria e na submissão à justiça.

3. Argumento no sentido de que o Superior Tribunal de Justiça - STJ mantém entendimento quanto à extinção do crédito tributário ser operada com a homologação do lançamento, enquanto esta requer tempo de dez anos, pois, 5 anos para a homologação tácita e outros 5 para o exercício do direito.



4. A Administração Tributária deveria reconhecer o direito à restituição do tributo pago indevidamente. O veto presidencial ao § 1º do art. 1º, da Lei nº 10.736, de 2003, no qual se pretendia restringir o direito à restituição de valores recolhidos a título de contribuição previdenciária com base no § 2º do artigo 25, da Lei nº 8.870, de 1994, declarada inconstitucional pelo STF, teria reconhecido, em caráter geral, como legítima e necessária a devolução de tributos pagos indevidamente em virtude de ulterior declaração de inconstitucionalidade. Esse posicionamento viria a atender à norma do art. 77, da Lei nº 9.430, de 1996.

5. Pedido pelo reconhecimento do direito creditório nesta instância, com fundamento no artigo 515, § 3º do CPC.

Esses os argumentos que integram a peça recursal.

O recurso é tempestivo porque interposto em 10 de agosto de 2006, fl. 58, enquanto a ciência da decisão *a quo* ocorreu em 7 desse mês e ano, como atestado à fl. 52.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro NAURY FRAGOSO TANAKA, Relator

Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso e profiro voto.

Quanto ao posicionamento incorreto do digno colegiado de 1ª instância, em razão do fundamento na orientação contida no AD SRF nº 96/99, no sentido de que deveria ser tomado a data do pagamento para fins de referencial de contagem do prazo decadencial do direito de solicitar a restituição, divergente daquela posta no Parecer COSIT nº 58/98, quanto às leis declaradas inconstitucionais, deve ser esclarecido que essa forma de colher a aplicação da norma abstrata não implica em invalidade do ato, uma vez que tomado por referência as normas presentes nos artigos 165 e 168, ambos do CTN.

Cabe, ainda, trazer a este voto a distinção entre determinativos legais declarados inconstitucionais e aplicação incorreta de textos normativos por decorrência de subsunções inadequadas dos fatos concretos.

A primeira, resulta em exigências sem o devido suporte legal, porque em ofensa à Magna Carta desde o início, mesmo que declarada inconstitucional em momento bastante distante de sua publicação; a segunda, ao contrário, a lei sempre existiu e continua válida no âmbito do correspondente ordenamento jurídico, o que estava incorreto era a aplicabilidade ao fato concreto.

Assim, sem os devidos cuidados, não se pode extrair elementos comparativos das duas situações.

Este fato subsume-se à segunda modalidade citada, pois decorre de subsunção da situação à norma portadora do fato gerador do Imposto de Renda, válida, enquanto em momento seguinte, a matéria foi considerada externa a esse campo de incidência. A partir da publicação da IN SRF nº 165, de 1998, em 6 de janeiro de 1999, deixou de ser exigido o tributo sobre dita espécie de fatos, no entanto, esse momento não se presta para início de contagem do prazo decadencial justamente por falta de norma autorizativa para esse fim. Como o ambiente nacional, bem assim o tributário, são regrados pelo princípio da legalidade, não se pode concordar com o pedido pela falta de norma a autorizar a transposição do referido marco.



Sob outra perspectiva e abordando outra questão posta no recurso, o referencial acolhido pelo STJ para essa contagem de prazo não me parece o mais correto, porque conduz esse marco inicial de contagem para data em que considerado homologado o lançamento. Haveria, então, 10 (dez) anos para o exercício do direito, porque 5 (cinco) para a homologação e mais 5 (cinco) para a petição. Esse entendimento colide com a norma do artigo 156, I, do CTN na qual é previsto que o pagamento extingue a correspondente relação jurídica tributária.

Não se aplicam a esta situação as normas do artigo 156, VII, do CTN, nem tampouco, aquelas do artigo 150, § 1º, porque o pagamento não constitui pagamento de tributo devido, mas pagamento indevido a título de tributo, isto é, efetuou-se a subsunção de maneira incorreta, de tal forma que implicou o recolhimento incorreto. Com essas características, há subsunção à norma do artigo 165, I, do CTN.

Quanto ao veto presidencial em contrário ao § 1º do art. 1º, da Lei nº 10.736, de 2003, não exterioriza fundamento para a requerida alteração do marco referencial de contagem do prazo decadencial de solicitar a restituição. Esse ato não porta os requisitos legais para esse fim, pois significa vedação a uma norma presente na lei de referência e não um conjunto de normas direcionados a uma espécie de situação. Não se trata de autorização posta em lei, mas de uma ausência de norma na lei de referência. A autorização a que se reporta a norma do artigo 77, da Lei nº 9.430, de 1996, constitui meio legal a ser publicado com efeitos *erga omnes*, como o Decreto nº 2.346, de 1997.

Postos esses esclarecimentos, verifica-se que os argumentos da defesa não se prestam para validar o exercício do referido direito, em contrário à posição colocada na decisão *a quo*, apesar de que a transposição do referencial de contagem para a data de publicação da referida IN constitui jurisprudência pacificada neste órgão, conforme já explicitado pela defesa, fl. 69.

Conforme justificado no transcorrer deste voto, compreendo de forma diversa a aplicação da lei relativa à restituição para essa espécie de subsunção.

A publicação da IN SRF nº 165, de 1998, serviu como marco referencial para que os requisitos desse tipo de fato fossem colhidos de forma distinta daquela habitual pelos representantes do sujeito ativo, de tal maneira que passou a situá-los externamente aos limites



do campo de incidência do tributo, e, ainda, conteve, no artigo 2º, determinação para que fossem revistos todos os lançamentos em andamento: “*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*”.

Essa revisão, no entanto, ficou limitada ao prazo fixado no artigo 173, I, do CTN, combinado com o artigo 149, I, do mesmo ato legal. Como a referida IN foi publicada em 6 de janeiro de 1999, sua aplicabilidade alcançou todos os atos havidos de 1993 em diante, porque para estes o direito de rever de ofício contava-se a partir de 1º de janeiro de 1995 e teria extensão até 31 de dezembro de 1999, considerado que a verba era tida como de natureza tributável.

Este fato ocorreu em 31 de agosto de 1996, momento inserto em período no qual era dever da Administração Tributária efetuar a revisão de ofício do lançamento por homologação, para o qual a peticionária havia fornecido à Administração Tributária os elementos, pela declaração de ajuste anual. É certo que dispunha de um prazo para esse fim, no entender deste que escreve, igual àquele em que permitido o direito de exigir – 5 (cinco) anos a contar da determinação legal, com extinção em 6 de janeiro de 2004.

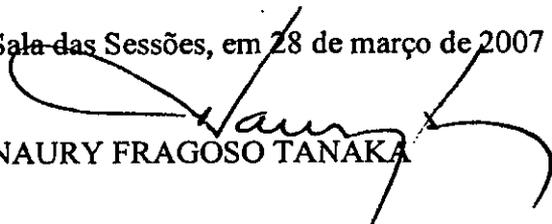
A pessoa física tem direito a protestar pela falta de ação da Administração Tributária a partir do momento em que extinto o referido prazo e não devolvido o tributo indevido, nesta situação, 6 de janeiro de 2004. Como o pedido é anterior a esse limite e até essa data não foi concretizada a referida ação, a razão está com a peticionária.

O pedido pelo reconhecimento do direito creditório nesta instância, com fundamento no artigo 515, § 3º do CPC, não deve ser acolhido, porque o processo não se encontra instruído com cópia do programa de demissão voluntária que daria direito à subsumir-se na hipótese prevista na referida IN, e, ainda, porque constituiria supressão de instância e cerceamento ao direito da ampla defesa.



Voto no sentido de dar provimento ao recurso para afastar a caducidade do pedido e determinar o retorno dos autos à 3ª Turma da DRJ em São Paulo II, a fim de que seja analisada matéria.

Sala das Sessões, em 28 de março de 2007


NAURY FRAGOSO TANAKA