



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA TURMA

Processo nº : 10830.005461/99-54
Recurso nº : 104-145.593
Matéria : IRPF
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Recorrida : 4ª CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Interessado : ACÁCIO FLÁVIO ROCHA ORTIZ
Sessão de : 18 de setembro de 2007
Acórdão : CSRF/04-00.647

RESTITUIÇÃO - TERMO INICIAL - PROGRAMA DE DESLIGAMENTO VOLUNTÁRIO - Conta-se a partir da publicação da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº. 165, de 31 de dezembro de 1998, o prazo decadencial para a apresentação de requerimento de restituição dos valores indevidamente retidos na fonte, relativos aos planos de desligamento voluntário.

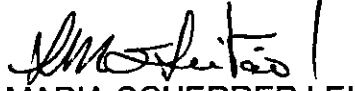
PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - ALCANCE - Considerando a Administração, em 06 de janeiro de 1999, data da publicação da Instrução Normativa nº. 165, indevida a tributação dos valores percebidos em face de adesão a Programas de Desligamento Voluntário, é irrelevante a data da efetiva retenção, que não é marco inicial do prazo extintivo.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pela FAZENDA NACIONAL.

ACORDAM os Membros da Quarta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso especial, nos termos e voto do relatório que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Ana Maria Ribeiro dos Reis (Relatora), Maria Helena Cotta Cardozo e Antônio José Praga de Souza que deram provimento ao recurso. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Leila Maria Scherrer Leitão.

ANTONIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA
PRESIDENTE


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
REDATORA – DESIGNADA

Processo nº : 10830.005461/99-54
Acórdão : CSRF/04-00.647

FORMALIZADO EM: 22 NOV 2007

Participaram ainda, do presente julgamento, os conselheiros: MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA, REMIS ALMEIDA ESTOL, GONÇALO BONET ALLAGE e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.



Processo nº : 10830.005461/99-54
Acórdão : CSRF/04-00.647

Recurso nº : 104-145.593
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Interessado : ACÁCIO FLÁVIO ROCHA ORTIZ

RELATÓRIO

A Fazenda Nacional, por sua Procuradora habilitada junto ao Primeiro Conselho de Contribuintes, com fundamento no art. 32, I, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes e art. 5º, I do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, ambos aprovados pela Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998, interpõe Recurso Especial (fls. 105/111) em face do Acórdão nº 104-21.261, prolatado em 8 de dezembro de 2005 (fls. 88/103). O julgado está assim ementado:

PDV - RESTITUIÇÃO DE TRIBUTO PAGO (RETIDO) INDEVIDAMENTE - PRAZO - DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA - O Parecer COSIT nº 4, de 1999, estabelece o prazo de 5 anos para restituição do tributo pago indevidamente, contados a partir do ato administrativo que reconhece, no âmbito administrativo fiscal, o indébito tributário, in casu, a Instrução Normativa nº 165, de 31 de dezembro de 1998 (DOU de 06 de janeiro de 1999). Afastada a decadência, deve o processo ser remetido à DRJ de origem para análise do mérito do pedido.

Recurso provido.

No Recurso Especial, a representante da Fazenda Nacional considera que o julgamento afrontou as disposições dos arts. 165, I, e 168, I da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN). Aduz que a Secretaria da Receita Federal editou o Ato Declaratório SRF nº 096, de 26 de novembro de 1999, em que dispõe que o prazo para a repetição de indébito, na hipótese de tributo ou contribuição pagos com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, é de cinco anos da extinção do crédito tributário. E complementa que o item II do mesmo Ato estende a aplicação desse prazo para a repetição decorrente de adesão ao PDV.

Processo nº : 10830.005461/99-54
Acórdão : CSRF/04-00.647

Defende que a fixação de tal prazo privilegia a segurança jurídica, lembrando o art. 168 do CTN e a alteração da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de afastar qualquer outro termo inicial para contagem de prazos prescricionais ou decadenciais previstos no CTN (EDResp 410.446/PR e Resp 649.623/SP)

Assevera que o advento da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, é um reforço a essa tese, demonstrado pelos seus arts 3º e 4º.

Por fim, requer o provimento do recurso a fim de reformar o Acórdão recorrido, e assim indeferir o pleito do contribuinte em razão da inobservância do prazo decadencial para repetição de indébito.

Dado seguimento ao Recurso Especial por meio do Despacho da Presidente da Quarta Câmara nº 104-123/2006, o processo foi encaminhado para intimação do contribuinte, que apresentou, tempestivamente, as contra-razões de fls. 116/122, em que afirma tratar-se o recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda um retorno à tese do Ato Declaratório nº 96, de 1999, com apoio no art. 3º da LC nº 118, de 2005.

Defende que nos casos de indébitos resultantes de incompatibilidade com o ordenamento jurídico é incabível tomar a data do pagamento como marco para o exercício do direito à repetição, sendo que sua aplicação, ao contrário do que defende o recurso, resultaria em insegurança jurídica.

Ataca a aplicação retroativa do art. 3º da LC nº 118, de 2005, trazendo jurisprudência do STJ (Ag Rg no Resp nº 689.233), para defender que tal artigo somente se aplica a novos processos. Acrescenta que sua aplicação ofenderia o contraditório, além de não ter relação com o presente caso resultante de declaração de invalidade da regra de incidência.

É o relatório.



Processo nº : 10830.005461/99-54
Acórdão : CSRF/04-00.647

VOTO VENCIDO

Conselheira ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS - Relatora

O Recurso Especial atende aos pressupostos para sua admissibilidade, razão por que deve ser conhecido.

Trata o presente processo de pedido de restituição de valores retidos pela fonte pagadora por ocasião de pagamentos feitos em decorrência de rescisão de contrato de trabalho motivada por alegada adesão a Programa de Demissão Voluntária (PDV) ocorrida em **03/06/1992**, mediante retificação da declaração de ajuste anual do exercício de 1993, ano-calendário 1992, apresentada em **13/7/1999**.

O Acórdão recorrido proveu o recurso do contribuinte, determinando a remessa dos autos à DRJ para análise do mérito do pedido, ao entendimento de que o termo inicial para a contagem do prazo de cinco anos para o pedido de restituição do imposto retido indevidamente no caso do PDV é 06 de janeiro de 1999, data da publicação da Instrução Normativa SRF nº 165, de 31 de dezembro de 1998.

Para análise da matéria, conveniente relembrar os artigos 165 e 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro - Código Tributário Nacional (CTN), que cuidam do direito de o contribuinte repetir o indébito Tributário.

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

*I - cobrança ou **pagamento** espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;*

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Processo nº : 10830.005461/99-54
Acórdão : CSRF/04-00.647

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;*

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória. (grifei)

Claro, então, que o prazo para a restituição de tributo pago indevidamente começa a fluir na data da extinção do crédito tributário, qual seja, a data do pagamento.

Releva notar, como assentado no voto vencedor, que no presente caso o indébito tributário não resulta de declaração de inconstitucionalidade, mas da consideração de que as verbas pagas em decorrência de desfazimento de contrato de trabalho pela participação do trabalhador em PDV não se sujeitam à tributação pelo imposto de renda. Transcreve-se excerto do voto nesse sentido:

Primeiramente, cabe esclarecer que o caso dos Planos de Demissão Voluntária - PDV em nada se assemelha às situações de inconstitucionalidade tratadas no citado parecer. Com efeito, não se verificou, no caso dos PDV, qualquer manifestação do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade de norma referente à matéria. Verificou-se, sim, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ entendeu que ditas verbas constituíam indenização, portanto não poderiam ser tributadas pelo Imposto de Renda.

Com relação à jurisprudência do STJ, até nos casos de declaração de inconstitucionalidade, aquele Tribunal alterou seu entendimento para adotar que o termo de início para a contagem do prazo para a repetição independe da origem do indébito, como se percebe pela leitura da decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 856.186-SP, da qual se extrai o seguinte excerto do voto do relator:

Como bem consignou a decisão agravada, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EREsp n. 435.835-SC,

Processo nº : 10830.005461/99-54
Acórdão : CSRF/04-00.647

concluído na sessão de 24.3.2004, tendo como relator para o acórdão o Ministro José Delgado, dissipou, definitivamente, a divergência de entendimento então existente, decidindo que, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito é de 10 (dez) anos a contar do fato gerador, se a homologação for tácita (tese dos "cinco mais cinco"), e, de 5 (cinco) anos a contar da homologação, se esta for expressa.

Assim, em razão do princípio da *actio nata*, não mais importa, para efeito de fluência do prazo prescricional, a data em que foi declarada inconstitucional pelo STF a lei instituidora da exação, como também irrelevante se apresenta a data em que publicada a resolução do Senado nas hipóteses de controle difuso de constitucionalidade de lei ou ato normativo.

Na base desse entendimento, o respeito ao princípio da segurança jurídica. O Direito não tolera prazos infinitos. Daí a previsão dos institutos da decadência e prescrição, função da conjugação de dois fatores: o fluir do tempo e a inação do titular do direito ou da pretensão em exercê-los. Pois, a se entender diferente, no caso de Ação Direta de Constitucionalidade, sendo esta imprescritível, estar-se-ia a criar prazos também imprescritíveis para a repetição de indébito tributário. Nesse sentido a lição do professor Eurico Marcos Diniz de Santi¹:

Como a Adin é imprescritível, todas as ações que tiverem por objeto direitos subjetivos decorrentes de lei cuja constitucionalidade ainda não foi apreciada, ficariam sujeitas à reabertura do prazo de prescrição, por tempo indefinido. Assim, disseminaria-se a imprescritibilidade no direito, tomando os direitos subjetivos instáveis até que a constitucionalidade da lei seja objeto de controle pelo STF. Ocorre que, se a decadência e a prescrição perdesse o seu efeito operante diante do controle direto de constitucionalidade, então todos os direitos subjetivos tornar-se-iam imprescritíveis.

A decadência e a prescrição rompem o processo de positivação do direito, determinando a imutabilidade dos direitos subjetivos protegidos pelos seus efeitos, **estabilizando as relações jurídicas**, independentemente de ulterior controle de constitucionalidade.

¹ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 275-276.

Processo nº : 10830.005461/99-54
Acórdão : CSRF/04-00.647

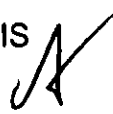
O Acórdão em ADIN que declarar a inconstitucionalidade da lei tributária serve de fundamento para configurar juridicamente o conceito de pagamento indevido, proporcionando a repetição de débito do Fisco somente se pleiteada tempestivamente em face dos prazos de decadência e prescrição: **a decisão em controle direto não tem o efeito de reabrir os prazos de decadência e prescrição.**

Descabe, portanto, justificar que, com o trânsito em julgado do acórdão do STF, a reabertura do prazo de prescrição se dá em razão do princípio da *actio nata*. Trata-se de petição de princípio: significa sobrepor como premissa a conclusão que se pretende. O acórdão em ADIN não faz surgir novo direito de ação, serve tão-só como novo fundamento jurídico para exercer o direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito. (grifei)

Assim, tendo em vista que o pedido de restituição conforme retificação da declaração de ajuste anual do exercício de 1993, ano-calendário 1992, em decorrência, portanto, de retenção efetuada em 1992, foi apresentado em **13/7/1999**, o direito do contribuinte à restituição encontrava-se, nessa data, extinto.

Diante do exposto, conheço do recurso e voto no sentido de dar-lhe provimento.

Sala das Sessões – DF, em 18 de setembro de 2007.


ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS 

Processo nº : 10830.005461/99-54
Acórdão : CSRF/04-00.647

VOTO VENCEDOR

Conselheira LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO, Redatora designada.

Em que pese o respeito e admiração que dedico à ilustre Conselheira-Relatora, Ana Maria dos Reis, permito-me discordar do julgado proferido no Voto ora prolatado, em face das vasta jurisprudência.

Conforme relatado pela I. Conselheira Ana Maria Ribeiro dos Reis, na decisão recorrida, proveu-se o recurso voluntário, determinando a remessa dos autos à DRJ para análise do mérito do pedido, ao entendimento de que o termo inicial, para a contagem do prazo de cinco anos para o pedido de restituição do imposto retido indevidamente no caso do PDV, é 06 de janeiro de 1999, data da publicação da Instrução Normativa SRF nº 165, de 31 de dezembro de 1998.

Entende a Fazenda Nacional estar o pleito atingido pela decadência, segundo as disposições dos artigos 165 e 168, ambos do Código Tributário Nacional.

Verifica-se que o contribuinte protocolizou, em 13.07.1999 (fls. 01) seu "Pedido de Restituição" de valor pago a título de imposto de renda na fonte sobre verbas indenizatórias, recebidas no ano-calendário de 1992.

Reconhecido, sem qualquer dúvida, por ato da autoridade administrativa competente, em conformidade com decisões das e. Primeira e Segunda Turmas do STJ e, também, objeto do Parecer PGFN/CRJ/nº 1278/98, ser indevido o imposto incidente sobre as verbas pagas em face de adesão a Programa de Demissão Voluntária.

Em diversificados julgados, na C. Quarta Câmara, manifestei-me no sentido de que o prazo inicial para repetição é o do pagamento, sendo voto vencido, conforme estampado no Acórdão 104-17.633.

Também na Primeira Turma da Câmara Superior, ao apreciar recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, sustentei meu voto no mesmo sentido.

Processo nº : 10830.005461/99-54
Acórdão : CSRF/04-00.647

Não obstante, após reiterados julgados e firmada a jurisprudência nos Conselhos de Contribuintes, na Primeira Turma da CSRF e também nesta Quarta Turma, submeti-me ao entendimento majoritário no sentido de que o prazo para repetição, no caso em julgamento, tem início com IN nº 165, de 1998, com publicação em 06 de janeiro de 1999.

Em face do exposto, reitero os argumentos colacionados no Acórdão CSRF/04-00.389, prolatado pelo i. Conselheiro José Ribamar Barros Penha, na Sessão de 28 de setembro pp:

"Por outro lado, retidos indevidamente, por ausência de suporte legal, os valores devem ser devolvidos. Afinal, "a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade ..." (art. 37).

A devolução dos valores retidos indevidamente, por reconhecimento advindo do próprio Fisco, encontra motivação na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, (Código Civil), segundo o qual "todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir" (art. 876).

A respeito do direito de pleitear a restituição, o código Tributário Nacional, define, verbis:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

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

II – na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória."

Da dicção da lei é de ser restituído ao sujeito passivo o valor de tributo indevido, cobrado ou pago espontaneamente em face da legislação aplicável. O prazo para protestar pela restituição, uma vez não

Processo nº : 10830.005461/99-54
Acórdão : CSRF/04-00.647

providenciada pela Administração Tributária “independentemente de prévio protesto” deve ter como marco inicial a publicação da Instrução Normativa nº 165/98, ocorrida em 06.01.99, em conformidade com as disposições do inciso II, art. 168 do CTN.

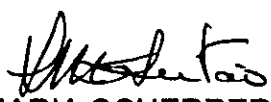
De fato, é o que se deve concluir por meio da integração das disposições do art. 168, inciso II, combinado com o art. 165, III, do CTN e os próprios termos da IN. Respaldo, ainda, nos princípios da estrita legalidade, pois, como visto não cabe exigir tributo sem lei que o autorize, e da moralidade administrativa, posto que aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir”.

Com as considerações acima, não obstante o brilhante Voto prolatado pela I. relatora Ana Maria Ribeiro dos Reis, , abro a divergência considerando a reiterada jurisprudência deste Colegiado, no sentido de que o termo inicial para se pleitear a restituição é a data da publicação da IN – SRF nº 165, em 06.01.1999.

Nos autos, o protocolo do pedido se deu em 15.09.2003 (fls. 01), logo não decadente o direito à restituição.

NEGO provimento ao recurso da Fazenda Nacional, ressaltando que os autos devem retornar à 3ª Turma da DRJ/SÃO PAULO/SP II, para a análise de mérito, conforme constante no julgado ora recorrido.

Sala das Sessões - DF, em 18 de setembro de 2007.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO 