

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

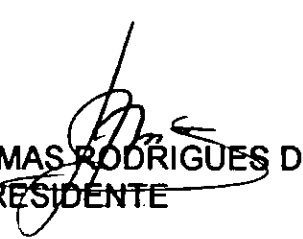
PROCESSO Nº. : 10880.035094/94-03
RECURSO Nº. : 13.777
MATÉRIA : IRPF EX. 1991
RECORRENTE : ODMIR FERNANDES
RECORRIDA : DRJ em SÃO PAULO - SP
SESSÃO DE : 08 de janeiro de 1998
ACÓRDÃO Nº. : 106-09.811

IRPF – FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADAS- Em tema de férias e licença prêmio não gozadas por necessidade de serviço, a jurisprudência dos tribunais federais pacificou-se no entendimento enunciado pelas Súmulas 125 e 136 do Superior Tribunal de Justiça, que colocam aquelas verbas fora do campo de incidência do imposto de renda

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ODMIR FERNANDES.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro DIMAS RODRIGUES DE OLIVEIRA (Relator), que votava pela nulidade do lançamento. Designado para redigir o voto vencedor, o Conselheiro LUIZ FERNANDO OLIVEIRA DE MORAES.


DIMAS RODRIGUES DE OLIVEIRA
PRESIDENTE


LUIZ FERNANDO OLIVEIRA DE MORAES
RELATOR DESIGNADO

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. :10880.035094/94-03
ACÓRDÃO Nº. :106-09.811

FORMALIZADO EM: 01 MAR 1999

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: MÁRIO ALBERTINO NUNES, ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS, HENRIQUE ORLANDO MARCONI, ROMEU BUENO DE CAMARGO, WILFRIDO AUGUSTO MARQUES e ROSANI ROMANO ROSA DE JESUS CARDOZO.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 10880.035094/94-03
ACÓRDÃO Nº. : 106-09.811

RECURSO Nº. : 13.777
RECORRENTE : ODMIR FERNANDES
RECORRIDA : DRJ em SÃO PAULO - SP

RELATÓRIO

ODMIR FERNANDES, nos autos em epígrafe qualificado, via de seu representante legal habilitado conforme instrumento de mandato de fls. 43, mediante recurso de fls. 18 a 42, protocolizado em 20/08/96, se insurge contra a decisão de primeira instância de que foi cientificado em 07/08/96.

Contra o contribuinte foi emitida Notificação de Lançamento de fls. 9, para exigência de imposto de renda da pessoa física, exercício de 1993, ano-calendário de 1991, no valor equivalente a 1.077,87 UFIR, computados multa e juros de mora, calculado sobre parcela de rendimentos incluída na respectiva declaração de rendimentos como não tributável e reclassificada pelo Fisco como rendimento tributável.

Por não se conformar com a exigência, em 30/09/94 o Contribuinte ingressa com a impugnação de fls. 1 e 7, aduzindo como suas razões de sua irresignação, em síntese, o seguinte:

- a) que o lançamento não indica a origem da exigência, não determina qual a matéria tributável, afrontando, portanto, o artigo 142 do CTN e, por conseguinte, cerceando o direito de defesa do impugnante;
- b) que a União é parte ilegítima para a exigência do imposto, posto que sendo o impugnante membro do Poder Judiciário do Estado de São

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. :10880.035094/94-03
ACÓRDÃO Nº. :106-09.811

Paulo, o produto do imposto de renda devido na fonte, incidente sobre seus rendimentos pertence ao próprio Estado de São Paulo;

- c) que, em se tratando de matéria relacionada com o recebimento de valores a título de indenização por férias indeferidas por absoluta necessidade de serviço, o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu inúmeros casos entendendo que os correspondentes rendimentos não se sujeitam à tributação pelo imposto de renda; no mesmo sentido, também tem decidido o Superior Tribunal de Justiça;
- d) que também a doutrina lecionada por GERALDO ATALIBA e ROQUE ANTÔNIO CARRAZA, vem entendendo que tais indenizações não correspondem a renda para efeito de tributação;

Após analisar as razões expostas pelo impugnante, decidiu o julgador *a quo* pelo indeferimento do pleito, nos termos sinteticamente reproduzidos a seguir:

- a) que nos termos do disposto na Constituição Federal, compete à União, exclusivamente, instituir imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (art. 153, III, da CF e art. 43 do CTN) e que o poder de isentar e ínsito ao poder de tributar, ou seja, quem tem o poder de impor determinado tributo é quem tem o poder de estabelecer isenções, não podendo, portanto, o Estado de São Paulo, por invasão de competência tributária da União, estabelecer isenções ou hipóteses de não incidência tributária referente a esse imposto;
- b) que a Constituição Federal ao dispor no seu artigo 157, inc. I, que pertence aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. :10880.035094/94-03

ACÓRDÃO Nº. :106-09.811

do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos por eles pagos a qualquer título, trata apenas da questão da participação do entes federados no produto da arrecadação do imposto e, assim, considerando-se que a destinação do produto da arrecadação do tributo não pode modificar a sua natureza jurídica, nem tampouco influir no indelegável poder de tributar, não é lícito ao Estado deixar de reter o imposto nessas condições;

- c) que o pagamento a assalariado a título de indenização por férias não gozadas configura remuneração, constituindo rendimento produzido pelo trabalho, corporificando a hipótese de incidência do imposto de renda (Lei nº 5.172/66, art. 43, I e II, Lei nº 4.506/64, art. 16, Lei nº 7.713/88, art. 3º, § 4º, RIR/94, art. 45, II, III)
- d) que inexistente na legislação tributária dispositivo que determine a exclusão da referida remuneração do campo de incidência do imposto de renda.

No recurso interposto, o recorrente contesta as razões de decidir do julgador singular, reforça os argumentos expendidos na fase impugnatória trazendo à cognição, em abono à tese que defende, vasta doutrina e jurisprudência sobre o assunto.

Ao final de sua peça recursal formula seu petitório propugnando pelo provimento do apelo de forma a se considerar indevido o imposto suplementar exigido nestes autos.

É o relatório.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. :10880.035094/94-03
ACÓRDÃO Nº. :106-09.811

VOTO VENCIDO

Conselheiro DIMAS RODRIGUES DE OLIVEIRA - RELATOR

Consoante relatado, é posta à discussão perante este Colegiado, matéria relacionada com a tributação de valores recebidos pela pessoa física a título de indenização por férias não gozadas por necessidade do serviço.

Antes de adentrar na análise da matéria de fundo, impende consignar constatação que, por ser prejudicial ao mérito discutido nos autos, impõe seja analisada a priori. Trata-se da ausência de indicação na Notificação de Lançamento, do nome e matrícula da autoridade responsável pela sua emissão, detalhe que a princípio, pode ensejar a nulidade do ato administrativo.

Tal assertiva se justifica pelo fato de que, como ato constitutivo do crédito tributário, o lançamento pode ser formalizado por dois distintos instrumentos, conforme prevê os artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235/72, respectivamente denominados auto de infração e notificação de lançamento. Tais dispositivos elencam séries de requisitos de observância obrigatória na prática desses atos, significando, a toda evidência, a exigência de observância de forma prescrita em lei para que os mesmos possam alcançar eficácia no mundo jurídico.

Um dos requisitos de indicação obrigatória na Notificação de Lançamento é a identificação da autoridade responsável pela sua emissão, a teor do que dispõe o art. 11, do Decreto nº 70.235/72, que, na parte concernente a esta análise, está assim redigido:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. :10880.035094/94-03
ACÓRDÃO Nº. :106-09.811

*"Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterá **obrigatoriamente**:"*

I - omissis.

II - omissis.

III - omissis.

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Parágrafo único. Prescinde de assinatura a notificação de lançamento emitida por processo eletrônico.

Conforme se observa, o dispositivo em causa, conforme prevê o seu parágrafo único, só faz dispensa da assinatura quando se tratar de notificação de lançamento emitida por processamento eletrônico de dados, persistindo a obrigatoriedade da identificação da autoridade emitente com a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

No terreno das nulidades, no âmbito do direito tributário, contrariamente ao que pretendem muitos, nem todas as hipóteses que as caracterizam estão descritas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, dispositivo que, mesmo trazendo preceito de razoável abrangência, só alcança situações onde se depare com atos e termos lavrados por pessoa incompetente, bem assim com despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, escapando à sua previsão, por exemplo, os atos praticados sem respaldo em disposições expressas de lei, o que é inadmissível em direito tributário e,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. :10880.035094/94-03

ACÓRDÃO Nº. :106-09.811

porque não dizer, em direito público, campos onde há de prevalecer sempre o princípio da reserva legal.

A propósito desse entendimento, trago a lume os ensinamentos do ilustre tributarista Antônio da Silva Cabral, extraídos da sua obra Processo Administrativo Fiscal pagas. 523 e 524. Diz o autor:

"A forma, como disse Seabra Fagundes (O Controle, cit., p 73), 'é o conjunto de solenidades com que a lei cerca a exteriorização do ato administrativo, estabelecendo o vínculo aparente entre a manifestação de vontade e o objeto'.

No direito fiscal, por exemplo, o lançamento obedece à forma previamente estabelecida em lei. Se a autoridade não preenche os requisitos legais, o lançamento é nulo, por vício de forma.

Um dos equívocos praticados por julgadores de primeira instância e, até, por Câmaras de Conselhos de Contribuintes, consiste na afirmação de que as nulidades são apenas as hipóteses previstas no art. 59 do Decreto n. 70.235/72. Assim, alguns só admitem se possa falar em nulidade de atos, termos, despachos e decisões quando praticados por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. Pelas razões acima, logo se vê que nem só essas são as hipóteses de nulidade.

Um lançamento, por isso mesmo, pode ter sido efetuado por autoridade competente e, evidentemente, sem qualquer preterição do direito de defesa, mas ser nulo, por exemplo, por não ter identificado o sujeito passivo."

Ou seja, por materializar o ato administrativo do lançamento, como tal, e, até por essa razão, para se situar no plano da eficácia, a notificação de lançamento, tal como o auto de infração, devem trazer elementos suficientes a atestar ter sido o ato praticado por agente capaz, bem assim que o objeto é lícito e que a forma prescrita em lei foi observada.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. :10880.035094/94-03
ACÓRDÃO Nº. :106-09.811

De Plácido e Silva, ao tratar do conceito jurídico de nulidade, menciona a hipótese de **Nulidade absoluta ou substancial** que, segundo o

renomado autor, se evidencia quando decorre da omissão de elemento ou requisito essencial à formação jurídica do ato, seja referente à sua forma ou a seu fundo, explicando que:

"A nulidade absoluta infirma o ato de inexistente, podendo ser oposta por qualquer interessado, em razão de seu caráter de ordem pública, ou porque tenha ferido preceito, que lhe estabelece os elementos de vida.

Nulidade expressa ou legal quando vem declarada no próprio texto legal, como cominação pela falta de cumprimento imperativo da lei."

Voltando ao primeiro autor antes citado, na pág. 528 da mesma obra, sobre a interpretação dada por De Plácido e Silva ao termo, deixa entendido o seguinte, conforme suas palavras:

"Entendo que esta distinção apontada por de Plácido e Silva para a teoria das nulidades em geral é apta a esclarecer um pormenor do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, ou seja quando este dispositivo mencionou como causas de nulidade de atos, termos, despachos e decisões, quer a incompetência da autoridade ou do agente da Administração, quer a preterição do direito de defesa, quis mencionar hipóteses de nulidade expressa ou legal, sem negar que também existem outras causas que provocam a nulidade absoluta ou a declaração de nulidade. Erram, assim, as decisões e os acórdãos que afirmam ser as hipóteses mencionadas no art. 59 as únicas que podem acarretar a nulidade processual."

Frente a essas colocações, não há como deixar de admitir que o ato formalizador da constituição do crédito tributário nestes autos - notificação de

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. :10880.035094/94-03
ACÓRDÃO Nº. :106-09.811

lançamento emitida por processo eletrônico de dados, que não traz a identificação da autoridade fiscal responsável pela sua emissão nem a indicação do seu cargo ou função ou até mesmo o seu número de matrícula - padece do vício da nulidade.

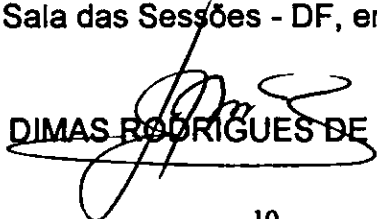
Não será demais registrar que a própria Secretaria da Receita Federal, via da Instrução Normativa nº 54, de 13.06.97, orientou aos seus Delegados de Julgamento para que declarem, de ofício, a nulidade dos lançamentos que venham a ser formalizados sem observância aos comentados requisitos, orientação esta que alcança inclusive os processos já formalizados e pendentes de julgamento.

Por certo quis a administração tributária, acertadamente, diga-se de passagem, se prevenir contra a real possibilidade de ver os lançamentos formalizados em desacordo com as normas legais antes comentadas, serem declarados nulos pelas instâncias do Judiciário, a exemplo do que vem acontecendo com frequência, acarretando ao erário os custos impostos pelos ônus de sucumbência, além de outros desgastes que daí podem advir para ambas as partes.

Assim, para se evitar que em fases posteriores do processo tal instituto seja invocado, em homenagem ao princípio da economia processual, cumpre seja declarada a nulidade do feito fiscal nesta ocasião.

Por essas razões, conheço do recurso por interposto de conformidade com as normas legais e regimentais vigentes e voto no sentido de que seja declarada a nulidade do lançamento.

Sala das Sessões - DF, em 08 de janeiro de 1998.


DIMAS RODRIGUES DE OLIVEIRA

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. :10880.035094/94-03
ACÓRDÃO Nº. :106-09.811

VOTO VENCEDOR

Conselheiro LUIZ FERNANDO OLIVEIRA DE MORAES, Relator Designado

Permissa venia do eminente Relator, entendo de não pronunciar a nulidade do lançamento por entender que a decisão de mérito deve favorecer o contribuinte.

Com efeito, em tema de férias e licença prêmio não gozadas por necessidade de serviço, a jurisprudência dos tribunais federais pacificou-se no entendimento enunciado pelas Súmulas 125 e 136 do Superior Tribunal de Justiça, que colocam aquelas verbas fora do campo de incidência do imposto de renda.

Os acórdãos que embasam estas súmulas não vislumbram, na percepção daquelas verbas, acréscimo patrimonial e, por conseguinte, teriam elas caráter nitidamente indenizatório. Da pleora de julgados que seguem tal linha de argumentação, destaco o seguinte voto do Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, no acórdão prolatado no REsp nº 37.965-2-SP, *verbis*:

A questão tem sido examinada nesta Corte, assentando os julgados que o pagamento de licença-prêmio não gozada, a tempo e modo requerida, por submissão ao interesse público, motivo do indeferimento, tecnicamente, não constitui acréscimo patrimonial. Deveras, guarda-se, isto sim, direito com a moldura de indenização pecuniária paga ao servidor público para compensá-lo pelo trabalho



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. :10880.035094/94-03
ACÓRDÃO Nº. :106-09.811

desempenhado sem a usufruição do benefício assegurado pela lei. Esse lineamento, ao derredor de que a licença-prêmio indenizada constitui salário ou vencimento, tem o precioso apoio do pranteado Orlando Gomes a dizer: "qualquer remuneração paga ao empregado sem trabalho não tecnicamente salário (O salário no Direito Brasileiro, p. 353, ed. 1957).

Tais as razões, considerando prejudicada a preliminar de nulidade, voto por dar provimento ao recurso.

Sala de Sessões, 08 de janeiro de 1998


LUIZ FERNANDO OLIVEIRA DE MORAES

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. :10880.035094/94-03
ACÓRDÃO Nº. :106-09.811

INTIMAÇÃO

Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 44, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, Anexo II da Portaria Ministerial nº 55, de 16/03/98 (D.O.U. de 17/03/98).

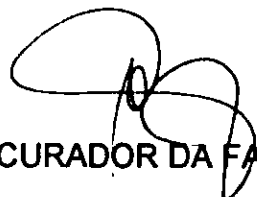
Brasília - DF, em

01 MAR 1999


DIMAS RODRIGUES DE OLIVEIRA
PRESIDENTE DA SEXTA CÂMARA

Ciente em

10.2.99


PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL