



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

Processo nº 11543.003261/2003-11
Recurso nº 160.699 Voluntário
Acórdão nº **2802-00.766 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 13 de abril de 2011
Matéria IRPF
Recorrente FRANCISCO XENOCRATES TARDIN
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1999

Ementa:

RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. AÇÃO COLETIVA.

O efeito da decisão judicial em ação coletiva impede a propositura de uma mesma ação coletiva, mas quanto ao cidadão substituído os efeitos aproveitam-lhe quando favoráveis, sem impedir que seja movida ação individual quando a decisão judicial for desfavorável, e não induz litispendência em relação ao substituído quando age individualmente. A renúncia à instância administrativa é aquela restrita às ações impetradas pelo sujeito passivo individualmente, sem aplicação quando houver ação coletiva, salvo quando nessas ações o sujeito passivo atuar como litisconsorte ou como assistente litisconsorcial.

IMPUGNAÇÃO NÃO CONHECIDA. REFORMA DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. DUPLO GRAU.

Ao dar provimento ao recurso voluntário interposto contra acórdão que não conheceu da impugnação, deve-se retornar os autos ao Órgão Julgador *a quo* para apreciar e julgar o mérito, mormente quando não diversos os argumentos nas duas fases do contencioso administrativo. Recurso provido em parte..

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso para determinar o retorno dos autos ao Órgão Julgador de primeira instância para conhecer e julgar o mérito da impugnação, nos termos do voto do relator.

(Assinado digitalmente)

Jorge Claudio Duarte Cardoso – Presidente e Relator.

EDITADO EM: 26/04/2011

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Lúcia Reiko Sakae, Luis Fabiano Alves Penteado (Suplente convocado), Dayse Fernandes Leite e Jorge Cláudio Duarte Cardoso (Presidente). Ausente, justificadamente, o Conselheiro Sidney Ferro Barros.

Relatório

Trata-se de auto de infração de Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) do exercício 1999, ano-calendário 1998, em virtude de omissão de rendimentos recebidos em ação trabalhista (RT 575/1990), os quais foram declarados como rendimentos isentos pelo contribuinte.

No auto de infração foi adicionado à base de cálculo declarada o total dos valores recebidos na ação trabalhista e diminuída a soma das contribuições previdenciárias (Sindiprev), com isso se chegou à nova base de cálculo, se apurou o imposto devido, em seguida subtraiu-se o IRRF e o imposto pago e calculou-se o imposto a pagar de R\$33.586,77 (fls. 101).

Na suprarreferida apuração, o item referente ao “valor depositado em juízo” está em branco.

Na primeira instância de julgamento a impugnação não foi conhecida sob o fundamento de que houve renúncia à instância administrativa pelo fato de a matéria objeto da autuação ter sido submetida ao Poder Judiciário nos mandados de segurança 99.0002545-8 e 99.0001456-1.

Ciente da decisão de primeira instância em 21-05-2007 (fls. 139), o recorrente apresentou recurso voluntário em 15-06-2007 (fls. 146), no qual apresenta os seguintes argumentos:

1. discorda do entendimento segundo o qual optou pela via judicial, pois a ação judicial foi impetrada exclusivamente pelo Sindicato, sem procuração específica dos associados, possivelmente para buscar uma cobertura para a sua falha como fonte pagadora não retentora de fonte livrando o sindicato de ação da Receita Federal que lhe exigisse o IRRF com a base de cálculo reajustada, essa iniciativa sindical não tem vinculação direta com o contribuinte e nem representou a sua vontade e iniciativa;
2. não há prova nos autos de que houve autorização da Assembléia da categoria profissional autorizando o Sindprev a mover a ação judicial, bem como não foi concedida pelo recorrente procuração que autorizasse o

referido sindicato a mover ação em seu nome, assim sendo o Sindprev não poderia representá-lo; aponta julgados que tratam do tema (fls.149/150);

3. destaca trecho da ação judicial movida pelo sindicato em que o juiz da 3ª Vara Federal de Vitória consigna que “o que quer o impetrante, então, é que a responsabilidade tributária pelo imposto de renda incidente sobre as verbas resultantes da condenação na RT 575/90 seja atribuída exclusivamente à Justiça do Trabalho”;
4. ocorreu a decadência para os fatos geradores de fevereiro, março e julho de 1998, de acordo com o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jorge Claudio Duarte Cardoso, Relator

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

DA RENUNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA

O acórdão ora recorrido não conheceu da impugnação por aplicar o instituto da renúncia à instância administrativa sob o fundamento de a matéria objeto da autuação ter sido submetida ao Poder Judiciário nos mandados de segurança 99.0002545-8 e 99.0001456-1.

Essa discussão envolvendo autuação fiscal com suporte em ação judicial movida pelo SINDPREV, notadamente o mandado de segurança 99.0001456-1, já foi apreciada por esse Colegiado nos processos 11543.005070/2003-94 e 11543.005071/2003-39, na sessão de 20 de outubro de 2010, acórdãos 2802-00.550 e 2802-00.549, respectivamente, motivo pelo qual sirvo-me de parte do voto proferido no acórdão 2802-00.550 para descrever o objeto da ação judicial.

“No Mandado de Segurança nº 99.0002545-8 objetivou-se a autorização para depósito do montante integral para o fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário. Por força de conexão ou continência o referido *writ* for redistribuído para ser decidido juntamente com o mandado de segurança 99.0001456-1.

A fim de verificar a existência ou não de identidade de pedido e causa de pedir, convém analisar o relatório da sentença proferida pelo juízo da Seção Judiciária no Espírito Santo.

Foram formulados múltiplos pedidos cumulados, a saber:

- a) declaração da condição suspensiva, na forma do art. 117, I, do CTN, determinando-se ao Impetrado que se abstenha de proceder qualquer retenção sobre

os valores recebidos na Reclamação Trabalhista nº 575/90, até final decisão da ação rescisória;

b) declaração do direito à compensação, de eventual valor pago a título de Imposto de renda, com o total a ser restituído, no caso de a ação rescisória interposta em face da sentença exarada na Reclamação Trabalhista nº 575/90 ser julgada procedente;

c) declaração do direito dos substituídos à integralidade das vertas auferidas na Reclamação Trabalhista no 575/90;

d) declaração do direito ao pagamento do Imposto de renda com base nos valores históricos e na época própria, determinando-se à autoridade impetrada que somente proceda a cobrança de Imposto se se verificar, caso a caso, *sê-lo* devido, *mês a* mês, praticadas as ' deduções, alíquotas e demais vantagens atinentes a legislação-pertinente à época;

e) declaração do direito dos substituídos quanto à Indenização compensatória, equivalente ao prejuízo causado, pela União, quando deixou de pagar os direitos devidos nas épocas próprias, acarretando incidência de . imposto ou majoração de alíquotas, determinando-se à autoridade Impetrada que proceda a compensação, cobrando-se dos substituídos apenas os valores devidos à época própria, e *da* UNIÃO, o restante devido, com base no valor percebido no ano 1998 (teoria .do caixa), referente a cada um dos substituídos.

O impetrante, para tanto, deduz os seguintes fundamentos:

a) está em curso ação rescisória tendente à desconstituição da sentença exarada na RT 575/90, que legitimou o recebimento das verbas glosadas, em - razão do que as mesmas não podem ser livremente dispostas, por força de condição suspensiva (art. 117, 1, do CTN);

b) sucessivamente, se não acolhido o primeiro fundamento e os substituídos tiverem que restituir as verbas auferidas na RT 575/90, Impõe-se a declaração quanto à possibilidade de compensação da importância paga a título de imposto de renda com o montante a ser restituído, sob pena de enriquecimento Ilícito;

c) a Incidência do Imposto sobre o montante total das verbas pagas em razão da RT 575/90, sem considerar: o mês em *que* cada parcela deveria ter sido *paga*, o valor histórico e a alíquota correspondente, ofende o princípio da capacidade contributiva;

d) também afronta o princípio da isonomia, pois Impõe tratamento desigual entre os trabalhadores que recebem as verbas salariais corretamente e os que só.. percebem seus direitos por força de decisão Judicial, urna vez que destes *se* exclui o cômputo de deduções e isenções;

e) Justiça do Trabalho não tem competência para determinar a retenção do Imposto de renda na fonte;

f) não há previsão legal do fato gerador; .

g) a *responsabilidade tributária pelo* Imposto de renda, que não tenha sido retido na fonte, é exclusiva da fonte pagadora;

h) as verbas recebidas na Reclamação Trabalhista 575/90 perderam a natureza remuneratória, por não poderem ser apuradas em relação às épocas próprias; têm, assim, natureza indenizatória, tanto que não foram incorporadas *para efeito* do posicionamento *nos* cargos que os substituídos ocupam, se negada a natureza

indenizatória, deverá ser declarado o direito dos substituídos à incorporação das referências apuradas, com o reposicionamento na carreira;

i) não pode incidir Imposto de renda sobre juros e correção monetária;

j) é Incabível o desconto do Imposto de renda sobre o montante Integral das verbas pagas em razão da RT 575/90, considerando que, se somadas à remuneração mensal de cada substituído e divididas pelo número de meses laborados, não se ultrapassaria a ,faixa de isenção do tributo; e

l) *se remanescer a* responsabilidade tributária dos substituídos, haverá o direito a Indenização pelo prejuízo causado, com fulcro no art. 159 do Código Civil, em razão da Incidência do Imposto de renda, quando na época própria estariam Isentos, e em razão de elevação da alíquota a ser paga..”

Passo a apreciar a lide sob o prisma posto pelo recorrente no recurso voluntário.

Nesse desiderato registro que esses mandados de segurança foram impetrados pelo Sindprev, Sindicato representativo da categoria, como substituto processual.

Não há registro de ação individual do recorrente, nem que tenha atuado como litisconsorte ou assistente litisconsorcial.

Ademais, como afirma o recorrente, não consta dos autos procuração específica dada ao Sindicato, nem autorização da Assembléia autorizando a propositura da ação.

Com isso deve-se enfrentar o cabimento ou não de ser aplicado o instituto da renúncia à instância administrativa pelo recorrente, o qual é previsto no art. 38 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Lei de Execução Fiscal).

Referido dispositivo estabelece que a propositura pelo contribuinte, de Mandado de Segurança, Ação de Repetição de Indébito ou Ação Anulatória de ato declarativo da dívida, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Opera no mesmo sentido o §2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.737/1979 que prescreve que propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

Identifico a necessidade de uma leitura acurada desses dispositivos quando se está diante de ação coletiva (*lato senso*), pois ainda que com o mesmo objeto do recurso administrativo, vivencia-se hodiernamente o incremento em larga escala das ações coletivas, o que não era cogitado pela legislação supra-indicada, preexistente à Constituição de 1988.

Nesse ponto, estudiosos do processo civil contemporâneo defendem que não é legítimo impor restrição de direitos ao cidadão sem que lhe seja facultado manifestar-se individualmente com todas as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Importante consignar que no Brasil não vigora no regime das ações coletivas o direito de ficar fora (*to opt out*).

Assim, o efeito da decisão judicial em ação coletiva deve ser entendido como um efeito que impede nova demanda coletiva (mesma ação coletiva), mas quanto ao cidadão substituído os efeitos são *in utilibus*, ou seja, aproveitam-lhe quando favoráveis, sem impedir que seja movida ação individual quando a decisão judicial for desfavorável.

Outrossim, a propositura de ação coletiva não impede o direito de o cidadão propor ação individual, o que permite afirmar que a propositura de ação coletiva não induz litispendência em relação ao substituído quando age individualmente.

Com essas razões, entendo que a melhor interpretação dos dispositivos legais que tratam da renúncia à instância administrativa é aquela restrita à ações impetradas pelo sujeito passivo individualmente, sem aplicação quando houver ação coletiva, salvo quando nessas ações o sujeito passivo atuar como litisconsorte ou como assistente litisconsorcial.

Esse mesmo entendimento foi adotado no voto condutor do acórdão unânime nº 2802.00.718 desse Colegiado, na sessão de 16 de março de 2011.

Entendo, portanto, que a impugnação deve ser conhecida e apreciado o mérito.

Destaco que na impugnação as alegações giram em torno da ilegitimidade passiva, erro na identificação do sujeito passivo e responsabilidade exclusiva da fonte pagadora, enquanto no recurso voluntário discute-se, além da não aplicação da renúncia à instância administrativa, a decadência do lançamento relativo aos meses de fevereiro, março e julho de 1998.

Dada a diversidade de teses de defesa nas duas instâncias de julgamento e a competência desse Conselho para atuar em grau de recurso, deve-se zelar para que não ocorra a supressão de instâncias.

Diante do exposto, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para determinar o retorno dos autos ao Órgão Julgador de primeira instância para conhecer e julgar o mérito da impugnação.

(Assinado digitalmente)

Jorge Claudio Duarte Cardoso