



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

Processo n° 13736.000870/2003-87
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2101-002.055 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de fevereiro de 2013
Matéria PDV
Recorrente JOSEMAR GOMES MENDES
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1995

PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA. COISA JULGADA. PREVALÊNCIA.

“Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial” (Súmula CARF n. 1).

A formação de coisa julgada formal e material em processo judicial impede a discussão da mesma matéria em processo administrativo posterior.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os conselheiros José Raimundo Tosta Santos, Gilvanci Antônio de Oliveira Sousa e Gonçalo Bonet Allage, que davam provimento ao recurso. Redator designado o Conselheiro Alexandre Naoki Nishioka.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente

(assinado digitalmente)

José Raimundo Tosta Santos – Relator

(assinado digitalmente)

Alexandre Naoki Nishioka – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente), José Raimundo Tosta Santos, Alexandre Naoki Nishioka, Célia Maria de Souza Murphy, Gilvanci Antonio de Oliveira Sousa e Gonçalo Bonet Allage.

Relatório

O recurso voluntário em exame pretende a reforma do Acórdão nº 13-28.858 (fl. 221), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade e não reconheceu o direito creditório pleiteado pelo interessado.

O pedido de restituição, os fundamentos da negativa e os argumentos de defesa suscitados pelo contribuinte foram sintetizados pelo Órgão julgador *a quo* nos seguintes termos:

O contribuinte acima identificado ingressou em 15/12/2003 com pedido de restituição do imposto de renda na fonte (fls. 01 a 03) incidente sobre verba recebida no ano-calendário 1994, exercício 1995, como decorrência de rescisão do contrato de trabalho com a empresa IBM BRASIL - Indústria, Máquinas e Serviços Ltda, CNPJ n 2 33.372.251/0001-56, sob a alegação de que a importância lhe fora paga em razão de sua adesão à Programa de Demissão Voluntária (PDV).

O pedido de restituição foi apreciado pela Delegacia da Receita Federal em Niterói mediante despacho decisório de fls 40 e 41, havendo indeferimento do pedido em virtude de se ter considerado decaído o direito de pedir do autor com fulcro no art 168 da Lei n2 5.172, de 25 de outubro de 1966 — Código Tributário Nacional (CTN) c/c incisos I e II do Ato Declaratório SRF n2 96, de 26 de novembro de 1999.

Não resignada, a parte apresentou manifestação de inconformidade de fls. 42 a 46, encaminhada à Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro que, por sua vez, manteve o entendimento emanado pela instância administrativa anterior mediante Decisão n2 7.957, de 31/03/2005 (fls. 51 a 56).

Ciente desta etapa processual, o recorrente impetrou recurso junto ao Primeiro Conselho de Contribuintes (fls. 64 a 68), fato do qual resultou provimento deste emanado em Acórdão n2 102-47.494 (fls. 86 a 90), que determinou o afastamento da decadência e o retorno dos autos à unidade de origem para exame do pleito.

Em cumprimento à determinação de análise do mérito, a autoridade a quo procedeu à pesquisa em sistemas internos e sítios na Internet com escopo de atualizar a informação sobre a inexistência de processos judiciais de mesmo objeto, fato do qual resultou o apensamento do processo administrativo nº 10.768.008.525/94-10 e juntada dos documentos de fls 98 a 193, relativos à Mandado de Segurança impetrado pelo recorrente em 1994. Defronte dos elementos assim coletados houve o indeferimento do pedido de restituição com fulcro em renúncia da via administrativa representada pela propositura de ação de idêntico objeto, nos termos do Ato Declaratório Normativo n2 03, de 1996 (fls. 199 a 202).

Cientificado da decisão em 02/02/2010, segundo Aviso de Recebimento (AR) acostado à fl. 207, o contribuinte encaminhou à esta DRJ manifestação de inconformidade de fls. 208 a 218, datada de 09/02/2010, onde coloca seu dissenso diante das novas motivações para o indeferimento que não guardam qualquer relação com o despacho à fl. 40, aduzindo sobre os

institutos da prescrição e preclusão para defender a perda de oportunidade da Administração em assim proceder.

São acostados aos autos, ainda, os seguintes documentos: (1) Instrumento instituidor da política demissional — fls. 09 a 14; (2) Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho — fls. 18 e 148; (3) Declaração firmada pela IBM BRASIL - INDÚSTRIA, MÁQUINAS E SERVIÇOS LTDA atestando a participação da impugnante em plano de incentivo à aposentadoria — fl. 19; (4) Cópia Declaração de Ajuste Anual exercício 1995 - fls. 06 a 16; (5) Comprovante de rendimentos — fl 17; (6) Memória de cálculo — fls. 20 a 30; (7) Declaração em que o interessado afirma não ser autor ou litisconsorte em ação judicial com igual objeto **datada de 10/11/2004** – fl. 49.

A decisão recorrida possui a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1995

PDV. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. Superada, mediante acórdão do Conselho de Contribuintes, a preliminar de decadência argüida cabe à autoridade administrativa a quo pronunciar-se quanto ao mérito do pedido.

PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. A propositura pelo contribuinte de ação judicial contra a Fazenda Nacional antes ou posteriormente ao lançamento, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto, tornando definitivo o lançamento, razão pela qual não se aprecia o seu mérito, não conhecendo da impugnação apresentada.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Em seu apelo ao CARF o contribuinte alega prescrição/preclusão/decadência em face do novo fundamento apresentado pela Receita Federal para indeferir a restituição, relacionado ao Mandado de Segurança (Processo nº 94.0011937-2, da 15ª Vara Federal do Rio de Janeiro, impetrado pelo recorrente e decidido antes do início deste processo (decisão publicada no D.O.E. de 05/10/1995, pág. 187/189), e pela primeira vez neste processo citado, à fl. 102 (ver também fls. 194 e 200).

Argumenta que "prescrição administrativa é a situação jurídica pela qual o administrado ou a própria administração perdem o direito de formular pedidos ou firmar manifestações em virtude de não o terem feito no prazo adequado. (José dos Santos Carvalho Filho; Manual de Direito Administrativo; Lumen Juris; 5. ed., p. 679). Cita o artigo 54 da Lei nº 9.784, de 1999 e conclui que no presente caso, em 02/08/2009, completaram-se os cinco anos do primeiro julgamento em que o pedido de restituição do PDV foi indeferido em face da decadência do direito (único fundamento), posteriormente afastada pelo Conselho de Contribuintes.

Por outro lado, entende que o documento à fl. 19, apresentado junto à inicial deste processo comprova que o seu desligamento ocorreu em adesão a um PDV, no ano de 1994.

Aduz que a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, lhe concedia a possibilidade de pleitear seus direitos por ação própria, exatamente como procedeu com este processo administrativo, iniciado em 15 de dezembro de 2003, com base na IN SRF nº 165, de 1998, legislação superveniente ao julgamento desfavorável do Mandado de Segurança, publicada no DOU de 05/10/1995. Argumenta que o Parecer COSIT nº. 04, de 28/01/99, explicita e incontrovertidamente homenageia o citado nascimento:

Somente são passíveis de restituição os valores recolhidos indevidamente que não tiverem sido alcançados pelo prazo decadencial de 5 (cinco) anos, contados a partir da data do ato que concede ao contribuinte o efetivo direito de pleitear a restituição.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro José Raimundo Tosta Santos

O recurso atende os requisitos de admissibilidade.

Preliminarmente, observa-se que não assiste razão ao recorrente em seu dissenso a respeito da manifestação da Administração Tributária, na decisão recorrida, acerca do mandado de segurança nº 94.0011937-2 (que tratou da natureza tributária da verba recebida em adesão ao PDV da IBM), declarando a concomitância do litígio nas instâncias administrativa e judicial. Tal questão é prejudicial à apreciação do pedido de restituição pela Administração Tributária, a quem é vedado decidir sobre matéria já submetida à apreciação do poder Judiciário, antes, durante ou depois da apresentação do pedido administrativo, consoante legislação transcrita na decisão recorrida, pois sempre irá prevalecer a decisão judicial, em face do princípio constitucional da unicidade da jurisdição.

Com efeito, o contribuinte ao apresentar o seu pedido de restituição do IRPF, que incidiu sobre a verba especial recebida em adesão ao PDV da IBM, declarou não possuir ação judicial em andamento a esse respeito (fl. 49). Evidentemente, este não pode se beneficiar da própria torpeza. A primeira manifestação da Administração Tributária neste processo apenas declarou a decadência do direito do contribuinte em repetir o indébito, pois somente esta prejudicial estava sob exame, conforme manifestações da Delegacia de Julgamento da Receita Federal (fls. 51 a 56) e do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes (fls. 86 a 90 – que afastou a decadência e determinou o retorno dos autos para análise do pedido de restituição). Nesta oportunidade, a DRF Niterói/RJ verificou que o contribuinte havia impetrado mandado de segurança para não tributar a verba denominada "indenização especial pessoal", recebida em decorrência de rescisão do contrato de trabalho. A decisão que denegou a segurança (fls. 180/182) transitou em julgado em 22/11/1996, conforme certidão aposta à fl 190. Ao contribuinte deve ser proporcionado o direito ao contraditório e ampla defesa em relação às matérias decididas na decisão *a quo* (fls. 221/223).

Ao analisar a matéria submetida à apreciação do poder Judiciário observo que o contribuinte buscou o provimento jurisdicional com o propósito de substituir a vontade da

administração, que, à época, denegava os pedidos de restituição do imposto de renda retido na fonte referente ao PDV.

Contudo, entendo que a modificação do entendimento da administração, através da IN SRF nº 165, de 1998, que reconheceu ser indevida a incidência tributária sobre a verba especial recebida como incentivo à adesão a PDV, pode e deve ser aplicado ao caso em exame, se não decaído o direito de repetir o indébito (matéria já apreciada em definitivo neste PAF e decidida em favor do interessado).

Nos termos do artigo 146 do CTN “a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”. No processo de consulta observa-se o mesmo procedimento. Se a administração orienta num sentido não poderá depois mudar de entendimento e cobrar o imposto dispensado. Mas se ocorrer o inverso, exigir-se tributo que posteriormente se concluir ser indevido, o contribuinte pode pedir restituição. Ou seja, a retroatividade não pode prejudicar, mas deve beneficiar.

Quando o tratamento administrativo dispensado à matéria for mais benéfico ao contribuinte – normalmente decorrente de legislação superveniente mais favorável ao início da discussão ou decisão judicial – este prevalece, independentemente de ter havido pronunciamento judicial sobre a matéria. Na mesma linha de entendimento, quando o processo judicial tenha autorizado a compensação de determinado crédito com determinado débito e a legislação tributária admitir a utilização deste crédito de forma mais ampla, como, por exemplo, a compensação com outros tributos, ou até mesmo a restituição, estas normas é que deverão ser aplicadas. O conteúdo do § 4º do art. 37 da IN SRF 210, de 2002, buscou resguardar o direito do sujeito passivo de efetuar compensação, nos moldes definidos pela decisão judicial, além dos limites já permitidos pela legislação tributária federal. Tal interpretação advém da constatação de que ninguém buscaria a tutela do Poder Judiciário relativamente a direito já garantido pela legislação tributária e que, portanto, seria reconhecido na esfera administrativa, consoante dispõe a Nota Cosit nº 141, de 23 de maio de 2003.

A adoção do procedimento acima esposado não implica, de modo algum, descumprimento da decisão judicial transitada em julgado, mas sim a implementação da decisão mediante sua necessária integração à legislação superveniente e mais favorável ao sujeito passivo, na hipótese de a implementação vir a ocorrer em data na qual a norma que fundamentou a decisão e que orienta sua execução não mais se mostrar aplicável.

Referida exegese merece acolhimento inclusive na hipótese em que o reconhecimento do direito do contribuinte na forma prevista na legislação superveniente à decisão judicial tenha sido pretendida pelo sujeito passivo e denegada pelo Poder Judiciário, haja vista que tal denegação somente ocorreu em face da ausência de base normativa à data do provimento judicial, situação modificada com a edição da legislação que permitiu a restituição do imposto incidente sobre as parcelas do PDV.

Convém registrar que o entendimento ora esposado encontra respaldo no Acórdão nº 201-76.511 proferido pela Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, conforme se pode verificar na ementa transcrita a seguir:

*PIS. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. DECISÃO JUDICIAL.
RECURSO PARCIAL. COMPENSAÇÃO COM TRIBUTOS*

DIFERENTES. A interpretação sistemática do art. 66 da Lei nº 8.383/91, c/c os arts. 39 da Lei nº 9.250/95, 73 e 74 da Lei nº 9.430/96, e 12 da IN nº 21/97, nos leva a concluir ser possível, no processo administrativo, assegurar ao contribuinte a compensação de seus créditos de PIS com débitos de quaisquer outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, não obstante a decisão judicial tenha se adstrito a possibilitar a compensação de PIS com parcelas do próprio PIS. Recurso provido.

Em resumo, a legislação tributária aplica-se sempre, a menos que, pelo princípio da substitutividade da jurisdição, uma decisão judicial, mais benéfica, substitua a vontade da administração, que é ditada pelo princípio da legalidade.

Neste diapasão, recuso o entendimento de que o contribuinte, ao buscar guarida jurisdicional, no exercício do seu direito de cidadão, não poderá se beneficiar do critério administrativo superveniente mais favorável à matéria. Ele pagou o imposto considerado devido, no mesmo montante e sobre a mesma base material que o outro contribuinte que se quedou inerte. Ora, este terá direito à restituição e o primeiro, não? Assim, o fato de ter buscado, à época, a substituição da vontade da administração perante o Poder Judiciário – garantia com sede constitucional – terá o condão de tornar o tributo indevido em devido? Para este contribuinte não existe o princípio da legalidade tributária e da isonomia (artigo 150 da CF)?

Artigo 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Certamente que o provimento jurisdicional com a publicação da IN SRF 165, de 1998, teria sido outro. Aliás, o mandado de segurança sequer seria julgado, por perda do objeto. *Mandamus* para que, se a própria administração considera indevido o tributo.

O voto condutor do Acórdão nº 102-46.593, da lavra do ilustre conselheiro Ezio Giobatta Bernardinis, faz algumas reflexões sobre este tema, que merecem relevo:

Ora, a igualdade é base da segurança jurídica, assim como o é a justiça. Não se pode mais aceitar a concepção tradicional no sentido de que a segurança jurídica traduz-se na coisa julgada e, que, portanto, seria apenas a imutabilidade e a intangibilidade das decisões judiciais que transitaram em julgado.

O princípio da segurança jurídica presente no Estado Democrático de Direito, estabelecido na Carta Magna de 1988, exige que a norma deve valer para todos, “o que faz da igualdade um outro atributo da segurança”¹. Não podemos esquecer da importância do princípio da isonomia a pautar as decisões que versam sobre as relações jurídico-tributárias. Neste sentido, cabe aqui transcrever as lições de Souto Maior Borges:

¹ VALVERDE, G.S., *op.cit.*, p. 120.

“a isonomia não está apenas na Constituição Federal, ela é a própria Constituição Federal, com a qual chega a confundir-se. A Constituição Federal de 1988 é uma condensação da isonomia. Nenhum outro dos setenta e sete itens em que se desdobra o art. 5º da CF – inclusive o seu item XXXVI (coisa julgada) – prescinde da isonomia como um condicionante de conteúdo e eficácia.”²

Para além disso, Souto Maior Borges entende configurar afronta à Carta Constitucional fazer “prevalecer ad futurum a decisão judicial pela inconstitucionalidade” de um dado tributo “restrita às partes (controle difuso)”, por entender estar-se diante de “um regime jurídico ‘privilegiado’, que não encontra guarida na Carta Magna”, concluindo que “o efeito de um julgado não deve, nunca, importar em ruptura da Constituição Federal, sobretudo do mais eminente dos seus princípios: a isonomia”.

Assim, Excelentíssimos Conselheiros, fica difícil aceitar que uma decisão que ofenda o princípio da igualdade, que deve pautar as relações jurídicas tributárias se perpetue no tempo sob o argumento de proteção à segurança jurídica. Que segurança jurídica protegeu este contribuinte que ora recorre a este Egrégio Conselho? Nenhuma!

Uma decisão que contém séria injustiça não pode ser considerada como espelho da segurança e certeza almejadas pelo direito e, por isso, “a segurança como valor inerente à coisa julgada, e por conseguinte, o princípio de sua intangibilidade são dotados de relatividade, mesmo porque absoluto é apenas o Direito Justo.”³

Cabe aqui transcrever trecho do voto do Ministro José Delgado, no julgamento do Resp. 96.213-MG⁴, verbis:

“Configurada qualquer uma das situações acima expostas, entendo que o único caminho processual existente em nosso ordenamento jurídico para solucionar a controvérsia, é o da ação rescisória, para que se restabeleça a aplicação harmônica de dispositivo legal, com respeito ao princípio da igualdade para todos os contribuintes, especialmente, porque se está diante de uma relação jurídica de direito público específica, de natureza tributária, sujeita, de modo cogente, a um princípio constitucional pétreo, que é o da isonomia tributária, previsto, expressamente no art. 150, II, da CF.”

E mais adiante:

“Impossível, conseqüentemente, que uma decisão judicial importe em criar privilégios no âmbito das relações jurídicas, impositivos tributários, permitindo que uma empresa não pague

² BORGES, Souto Maior. Limites constitucionais e infraconstitucionais da coisa julgada tributária (Contribuição Social sobre o lucro) *apud* GUSTAVO SAMPAIO VALVERDE, **Coisa Julgada em Matéria Tributária**, São Paulo, Quartier Latin, 2004, p.162-163.

³ THEODORO JÚNIOR, H. e FARIA, J.C., *op.cit.*, p.40.

⁴ Recurso Especial nº 96.213/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, unânime, DJ de 06 out. 1997. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 12 jan.2005.

determinado tributo, mesmo que o seja por período certo, enquanto outras empresas são obrigadas a pagá-lo, apenas, porque, de modo contrário ao assentado pelo Supremo Tribunal Federal, uma decisão judicial assim se impõe.”

A professora Betina Treiger Grupenmacher corrobora o entendimento acima, ao dispor:

“Assim, a segurança jurídica realiza-se quando é observado, na sua plenitude, o Estatuto do Contribuinte e, em consequência, o princípio da igualdade, norteador da segurança jurídica, posto que intrínseco à natureza humana.

O que se quer afirmar é que não há república sem igualdade, assim como não há regime democrático se o cidadão não for tratado com isonomia frente à lei, inclusive a tributária.

A existência da igualdade equivale à ausência de privilégio.

Decorrencia do princípio da isonomia tributária são os princípios da capacidade contributiva e o da vedação do confisco, os quais estabelecem os limites mínimo e máximo de tributação, respectivamente.

O Estado Democrático está, portanto, adstrito aos compromissos de liberdade e igualdade materiais, objetivando uma vida digna para todos. Nesse contexto, a observância dos citados princípios impõe que o tributo deixe de ser apenas uma fonte de renda e passe a ser um instrumento de realização de justiça. A igualdade no tratamento tributário deixa de ser apenas formal passando a ser materialmente um instrumento de redistribuição de riquezas.”⁵

No mesmo sentido, José Souto Maior Borges defende a flexibilização da coisa julgada inconstitucional, pois entende que esta viola os valores da segurança jurídica, da legalidade, da isonomia, da efetividade da jurisdição tributária, administrativa ou judicial.⁶

Por fim, não podemos olvidar as lições do Ministro José Delgado, ao ressaltar que “a grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma, mesmo protegida pelo manto da coisa julgada, em um regime democrático, porque ela afronta a soberania da proteção da cidadania”, uma vez que “a sentença judicial, mesmo coberta pelo manto da coisa julgada, não pode ser veículo de injustiças”⁷.

Assim, não pode o contribuinte em tela ser tratado diversamente de todos os demais contribuintes, que têm a seu favor o entendimento do Fisco no sentido de não incidência do imposto de renda na fonte sobre as verbas indenizatórias pagas em decorrência de PDV, e somente ele ser penalizado em virtude de uma decisão judicial transitada em julgado, cujo entendimento foi superado pelos Tribunais Superiores.

⁵ GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tributação e Direitos Fundamentais** “in” Tributos e direitos fundamentais, coordenador Octavio Campos Fischer, São Paulo: Dialética, 2004., p.14-15.

⁶ BORGES, José Souto Maior. O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo *apud* VALVERDE, Gustavo Sampaio, *op.cit.*, p.158

⁷ DELGADO, José. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais *apud* VALVERDE, *op.cit.*, p. 154.

Por fim, entendo que os elementos de prova nos autos dão suporte ao pleito do recorrente. O Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho à fl. 18 e a Declaração da empresa IBM Brasil – Indústria, Máquinas e Serviços Ltda (fl. 19) com firma reconhecida em cartório, confirmam que Josemar Gomes Mendes, portador do CPF.102.509.307-06, foi desligado em 31/03/94, e recebeu um total de 99.951,23 URV a título de Indenização Espontânea Pessoal.

Com efeito, é fato público e notório que a IBM vem, ao longo dos anos, oferecendo a seus funcionários um Programa de Desligamento, que tem como objetivo um pagamento de incentivo por desligamento. Segundo consta na referida Declaração, para os funcionários que na época fossem elegíveis ao Plano de Aposentadoria IBM, a carta oferta fazia referência, a esta condição, mas só poderiam se aposentar após a demissão. Ratificando dessa forma que o incentivo foi pago pelo desligamento da Empresa, e não pela condição de aposentado. Parece-me evidente, portanto, diante do teor e da indicação explícita da adesão do contribuinte ao programa de desligamento, bem assim da data e valor do benefício oferecido, que o interessado faz *jus* à repetição do indébito que incidiu sobre referida indenização. Ressalto, por oportuno, que tais documentos foram apresentados juntamente com o pedido de restituição, e que quaisquer dúvidas acerca do recebimento da Indenização Espontânea Pessoal poderia ser dirimida junto a fonte pagadora.

Em face ao exposto, dou provimento ao recurso, para reconhecer o direito à restituição referente ao imposto de renda que incidiu sobre a verba denominada "Indenização Espontânea Pessoal", no valor de 99.951,23 URV.

(assinado digitalmente)

José Raimundo Tosta Santos

Voto Vencedor

Conselheiro Alexandre Naoki Nishioka

O Recorrente ajuizou pedido de restituição de IRPF em 15/12/2003, relativo a verbas recebidas da sua antiga fonte pagadora, IBM Brasil, a título de PDV. Denegado o pedido pela Delegacia da Receita Federal em Niterói, ante o reconhecimento da ocorrência de decadência, foi apresentada manifestação de inconformidade, também negada. Ato contínuo, o antigo Primeiro Conselho de Contribuintes deu provimento ao recurso voluntário então interposto, afastando a decadência e determinando o retorno dos autos para apreciação do mérito pela instância julgadora de primeiro grau.

Naquele contexto, a despeito de o ora Recorrente ter indicado a inexistência de ação judicial em curso que discutisse a mesma matéria, descobriu-se que ele impetrara o Mandado de Segurança n.º 94.0011937-2, em 1994, visando justamente à não-tributação da verba denominada "indenização especial pessoal", recebida em decorrência de rescisão do contrato de trabalho. A decisão que denegou a segurança transitou em julgado em 22/11/1996.

Desta feita, o pedido de restituição foi indeferido, diante do reconhecimento da concomitância entre as esferas judicial e administrativa, sendo que a opção pela primeira importa em renúncia à segunda, diante da prevalência das decisões emanadas do Poder Judiciário.

Novamente irresignado, o Recorrente apresentou manifestação de inconformidade, a qual foi julgada improcedente, chegando-se, por derradeiro, ao recurso ora examinado, que tampouco pode prosperar.

Pois bem. Tecidas essas considerações introdutórias, passemos ao exame do mérito recursal.

Em primeiro lugar, é cediço, no âmbito da jurisprudência deste Conselho, que a precedência de ação judicial à lavratura do presente auto de infração configura a concomitância entre os processos administrativo e judicial, o que significa, nos termos da Súmula CARF n.º 01, inspirada no art. 38 da Lei n.º 6.830/80, a renúncia à defesa na esfera administrativa:

“Súmula CARF n.º 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.”

O instituto da concomitância decorre da adoção, pelo Brasil, do sistema uno de jurisdição, segundo o qual cabe ao Judiciário decidir, definitivamente, os conflitos de interesses, motivo pelo qual no nosso sistema não é justificável a concomitância entre um processo administrativo e um judicial que tenham o mesmo objeto, sendo que o ajuizamento de demanda perante o Estado-juiz retira o interesse da decisão de mérito que venha a ser proferida pela Administração, que jamais poderá ser oposta ou ainda prevalecer diante da decisão emanada do Judiciário.

Ocorre, porém, que a simples leitura da súmula, assim como em consonância com os termos fixados na própria decisão recorrida, indica que a concomitância só é reconhecida quando o objeto do processo administrativo seja o mesmo daquele discutido na via judicial. A nosso ver, e de acordo com a reiterada jurisprudência deste Conselho, exige-se a tríplice identidade entre as demandas (mesmas partes, causa de pedir e pedido) para que seja reconhecida a concomitância:

“Processo administrativo fiscal. Concomitância. Tratando o processo judicial de período distinto e posterior ao relacionado no processo administrativo de restituição não há que se falar em concomitância por ausência de identidade de objeto”. (CARF, 3.ª Seção, 2.ª Turma da 3.ª Câmara, Acórdão n.º 3302-00.140, Relator Conselheiro **JOSÉ ANTÔNIO FRANCISCO**, DJ 22/07/2011)

“Normas processuais. Preliminar de conhecimento. Matéria diferenciada – Estando nitidamente demonstrado serem diversas as causas de pedir da ação judicial e do processo administrativo, impõe-se o conhecimento da matéria diferenciada pelos órgãos administrativos”. (CSRF, 1ª Turma, Recurso Especial do Procurador n.º 302-127.178, Relator Conselheiro **ANTONIO PRAGA**, DJ 16/06/2008)

“Processo administrativo fiscal – Parcial renúncia à via administrativa – Decisão que não apreciou a matéria diferenciada – Não havendo identidade absoluta entre as matérias tratadas nas esferas administrativa e judicial, a matéria diferenciada deve ser analisada pelo julgador administrativo”. (CSRF, 2ª Turma, Recurso n.º 105-139354, Relator Conselheiro **MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA**, DJ 10/09/2007)

Tal conclusão se coaduna, inclusive, com o seguinte trecho da exposição de motivos da citada Lei n.º 6.830/1980:

“94. O parágrafo único deste artigo, consagrando o entendimento firmado no contencioso administrativo, elimina dúvidas e divergências. *De fato, nenhum princípio legal ou dispositivo processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.* Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior ou autônoma. Superior, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo. Autônoma, porque a parte não está obrigada a recorrer, antes, as instâncias administrativas, para ingressar em Juízo. Pode fazê-lo diretamente.

95. *Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objetivo e para o mesmo fim.*

96. *Portanto, desde que a parte ingressa em Juízo contra o mérito da decisão administrativa – contra o título materializado da obrigação – essa opção pela via superior e autônoma importa em desistência de qualquer eventual recurso porventura interposto na instância inferior”* (grifou-se).

Como é cediço, tanto na doutrina como na jurisprudência, a concomitância de utilização das vias administrativa e judicial enseja a prejudicialidade daquela, dada a prevalência das decisões judiciais que, quando definitivas, têm por atributo a imutabilidade, sendo insuscetíveis de discussão.

Desta feita, é inconteste, no caso em tela, a identidade de partes, pedido e causa de pedir entre os processos judicial e administrativo. Considerando que, à época, a Administração fiscal rejeitava os pedidos de restituição do imposto de renda retido na fonte referente ao PDV, o contribuinte decidiu buscar socorro no Poder Judiciário, na esperança de ver acolhida sua tese pela não-incidência.

Isto posto, ainda que a legislação tributária superveniente tenha modificado o entendimento em favor do Recorrente, ela não pode ser aplicada ao caso vertente, ao arripio da lei e do sistema processual pátrio.

Isso porque o trânsito em julgado da decisão judicial, ocorrido em 1996, implica na formação da coisa julgada formal e material, acarretando a imutabilidade dos efeitos da sentença e tornando impossível a rediscussão da lide, haja vista o esgotamento das vias recursais cabíveis (coisa julgada formal, anterior à material, sendo que esta depende da formação daquela). Assim sendo, operando a coisa julgada, não há possibilidade de discussão pela via administrativa, seja a favor ou contra o Recorrente, até porque este optou previamente pela via judicial.

À luz desse entendimento, é válido trazer à baila o disposto no Código de Processo Civil acerca do instituto da coisa julgada, a princípio o §3º do art. 301, que traz a coisa julgada como pressuposto processual negativo, a saber:

“§ 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.”

Ademais, o art. 467 do mesmo diploma legal traz a definição da coisa julgada material, descrevendo-a como "a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

Consoante se pode inferir da leitura do dispositivo transcrito, a coisa julgada, no entendimento do legislador, é uma eficácia da sentença, que consiste em torná-la imutável, esgotadas todas as possibilidades de recurso cabíveis. Cabe, porém, fazer algumas observações a respeito desta definição.

A grande maioria dos conceitos de coisa julgada formulados antes da doutrina de Liebman a definiam como um efeito da sentença. A partir deste autor, muitos passaram a entendê-la não como um efeito, mas como uma qualidade da sentença, como é o caso, no direito pátrio, de Nelson Nery Júnior.

Como é cediço, há diferentes graus para a coisa julgada. Ela se denomina formal, ou preclusão máxima, quando, esgotados todos os recursos possíveis dentro de um processo, a decisão se torna imutável no processo em que foi prolatada. Na definição de Cândido Rangel Dinamarco, "coisa julgada formal é a imutabilidade da sentença como ato jurídico processual" (Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, p. 295). Contudo, a matéria objeto da coisa julgada formal pode ser discutida em outro processo.

Por outro lado, a coisa julgada se denomina material quando excede os limites da sentença, fazendo com que determinada relação jurídica se torne imutável, no que respeita às partes do processo do qual emanou a decisão, projetando efeitos para fora dessa relação processual, de modo que nenhum juiz possa, até mesmo em outro processo, decidir de modo contrário.

No que tange ao direito processual constitucional, o eminente autor supracitado também lecionou que "A Constituição brasileira estabelece que a lei não prejudicará a coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI) e o Código de Processo Civil fornece elemento seguro para o entendimento do alcance desse dispositivo, ao impedir novos julgamentos sobre a demanda já definitivamente julgada. Não se limita a garantir a inviolabilidade da coisa julgada mediante a exigência de que outros possíveis julgamentos fossem conformes com aquele já estabilizado por ela: ele vai além disso, ao proibir todo e qualquer julgamento sobre a mesma demanda, quer conformes, quer divergentes. Simplesmente, o juiz extinguirá o processo quando a demanda for repetitiva (art. 267, inc. V)".

Ora, tendo a sentença do mandado de segurança rejeitado a tese esposada pelo Recorrente, àquela ocasião, decidindo pela tributação das verbas recebidas a título de PDV, tal decisão deve ser observada na esfera administrativa. A única possibilidade remanescente ao Recorrente seria o ajuizamento de ação rescisória, cujo prazo decadencial de 2 anos também já transcorreu *in albis*.

Ainda que o entendimento atual seja não-incidência de IR sobre tais verbas, o princípio da segurança jurídica impõe o respeito à coisa julgada material, ainda que, infelizmente, não faça justiça no caso concreto.

Eis os motivos pelos quais voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

ALEXANDRE NAOKI NISHIOKA - Redator Designado

Processo nº 13736.000870/2003-87
Acórdão n.º **2101-002.055**

S2-C1T1
Fl. 245



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por JOSE RAIMUNDO TOSTA SANTOS em 15/08/2013 15:29:15.

Documento autenticado digitalmente por JOSE RAIMUNDO TOSTA SANTOS em 19/08/2013.

Documento assinado digitalmente por: LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS em 29/08/2013, ALEXANDRE NAOKI NISHIOKA em 28/08/2013 e JOSE RAIMUNDO TOSTA SANTOS em 19/08/2013.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 12/09/2019.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP12.0919.13344.AJ4G

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:

EFD2C067F3D518C352FAD33034F59101699D82E5