



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Recurso nº. : 141.529  
Matéria : IRPF - Ex(s): 1992  
Recorrente : PEDRO MOREIRA DE ARAÚJO  
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II  
Sessão de : 26 de maio de 2006  
Acórdão nº. : 104-21.642

IMPOSTO DE RENDA - RECONHECIMENTO DE NÃO INCIDÊNCIA - PAGAMENTO INDEVIDO - RESTITUIÇÃO - CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL - Nos casos de reconhecimento da não incidência de tributo, a contagem do prazo decadencial do direito à restituição ou compensação tem início na data da publicação do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN, da data de publicação da Resolução do Senado que confere efeito *erga omnes* à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo, ou da data de ato da administração tributária que reconheça a não incidência do tributo. Permitida, nesta hipótese, a restituição ou compensação de valores recolhidos indevidamente em qualquer exercício pretérito. Não tendo transcorrido, entre a data do reconhecimento da não incidência pela administração tributária (IN SRF nº. 165, de 1998) e a do pedido de restituição, lapso de tempo superior a cinco anos, é de se considerar que não ocorreu a decadência do direito de o contribuinte pleitear restituição de tributo pago indevidamente ou a maior que o devido.

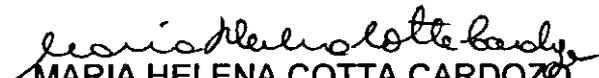
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por PEDRO MOREIRA DE ARAÚJO.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso para afastar a decadência e determinar o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento, para enfrentamento do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Maria Helena Cotta Cardozo (Relatora), Pedro Paulo Pereira Barbosa e Maria Beatriz Andrade de Carvalho, que mantinham a decadência. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Nelson Mallmann.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

  
MARIA HELENA COTTA CARDOZO  
PRESIDENTE

  
NELSON MALLMANN  
REDATOR-DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 1. 8 AGO 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NELSON MALLMANN, OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR, HELOÍSA GUARITA SOUZA, GUSTAVO LIAN HADDAD e REMIS ALMEIDA ESTOL.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

Recurso nº. : 141.529  
Recorrente : PEDRO MOREIRA DE ARAÚJO

RELATÓRIO

DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO

Em 23/12/2003, o interessado acima identificado apresentou o Pedido de Restituição de fls. 01 a 19, relativo ao Imposto de Renda Retido na Fonte no ano-calendário de 1991, alegando haver aderido a Plano de Demissão Voluntária - PDV.

DA DECISÃO DA DRF

Em 27/01/2004, a Delegacia da Receita Federal em São Bernardo do Campo/SP indeferiu o pedido, por meio do Despacho Decisório PDV 45/04 (fls. 20/21), assim ementado:

"IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA  
PRAZOS

Lei 5.172 de 25/10/1996, arts. 165, I, e 168, I.

Parecer PGFN/CAT 1.538/99

Ato Declaratório SRF 096 de 26/11/1999.

Não cabe apreciação de restituição após decorridos cinco anos da extinção do crédito tributário.

Restituição indeferida" *de*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificado da decisão da DRF em 09/02/2004 (fls. 23), o interessado apresentou, em 1º/03/2004, tempestivamente, a Manifestação de Inconformidade de fls. 24 a 33, contendo as seguintes razões, em síntese:

- o interessado foi dispensado em 11/12/1990, em consequência da adesão a Plano de Demissão Voluntária - PDV, oportunidade em que houve desconto do imposto de renda na fonte sobre a indenização;

- tal desconto foi indevido, conforme Súmula 215, do Superior Tribunal de Justiça, e Instrução Normativa SRF nº 165/98;

- conforme o princípio da *actio nata*, o termo inicial da prescrição para a repetição do indébito é a data da publicação da IN SRF nº 165, de 06/01/99, ou seja, o ato administrativo que reconheceu o direito com efeitos *erga omnes* (cita jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais);

- conforme documento de fls. 19, a fonte pagadora dos rendimentos que ensejaram o IRRF em tela adota o procedimento de só fornecer o respectivo comprovante por solicitação administrativa ou judicial, por isso o interessado pleiteia o envio de ofício àquela fonte, com base no art. 39 da Lei nº 9.784/1999;

- nada obsta a que a SRF elabore os cálculos com base nos dados que possui, juntamente com os comprovantes acostados aos autos, já que é parte na relação tributária. 

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

Ao final, o interessado pede a restituição dos valores retidos corrigidos desde a data da retenção até a data do efetivo pagamento, utilizando-se a taxa Selic a partir de janeiro de 1996.

DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 14/05/2004, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento São Paulo II/SP proferiu o Acórdão DRJ/SPOII nº 6.722 (fls. 36 a 47), indeferindo a Manifestação de Inconformidade, com base no Parecer PGFN/CAT nº 1.538/1999 e Ato Declaratório SRF nº 96/1999.

Quanto à solicitação de que fosse encaminhado ofício à fonte pagadora, o acórdão de primeira instância assevera que a responsabilidade pela juntada de provas ao processo é do contribuinte, e que as empresas não são obrigadas a guardar documentos por tempo ilimitado.

DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Cientificado do acórdão em 14/06/2004 (fls. 49), o interessado apresentou, em 08/07/2004, tempestivamente, o recurso de fls. 50 a 59, por meio do qual reitera as razões contidas nas peças de defesa já apresentadas.

O processo foi distribuído a esta Conselheira numerado até as fls. 61 (última).

DA DILIGÊNCIA SOLICITADA PELO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Alegava o contribuinte em seu Recurso Voluntário, que os rendimentos objeto da retenção haviam sido recebidos em função de adesão a Plano de Demissão Voluntária - PDV.

*pel*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

O acórdão de primeira instância recorrido indeferira a solicitação, tendo em vista a extemporaneidade do pedido, e remarcar a ausência de provas que dessem respaldo às alegações do contribuinte.

Por outro lado, o recorrente se defendia afirmando que os documentos em questão não se encontravam em seu poder, e sim com a fonte pagadora. Esta se recusara a fornecer-lhe diretamente as comprovações, o que foi confirmado pela declaração de fls. 19.

Embora esta Conselheira comungasse com o entendimento da decisão de primeira instância, no que tange à decadência do direito de pleitear a restituição em tela, tal posicionamento vinha sendo vencido neste Colegiado, para o qual seria de fundamental importância a confirmação de que efetivamente tratar-se-ia de valor recebido no contexto de PDV. Nesse passo, a verificação acerca da veracidade das informações do recorrente estaria comprometida, já que o acórdão recorrido deixava clara a intenção de não envidar esforços para obter a documentação da fonte pagadora.

Assim sendo, tendo em vista o princípio da verdade material que rege o processo administrativo fiscal, esta Conselheira não se opôs a votar pela conversão do julgamento em diligência à Repartição de Origem, para que esta solicitasse à fonte pagadora toda a documentação referente ao PDV - Plano de Demissão Voluntária do qual teria sido beneficiário o recorrente.

Assim, foi exarada a Resolução nº 104-1.935, de 19/05/2005 (fls. 64 a 68), que resultou no aporte aos autos da documentação de fls. 90 a 95, encaminhada pela fonte pagadora dos rendimentos em tela.

**Às fls. 70 a 85 foram juntadas pelo contribuinte “contra-razões em Recurso Especial”, o que deixa de ser conhecido por esta Conselheira, uma vez que** *pl*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

**se trata de documento estranho ao presente processo, que ainda se encontra na fase de julgamento pelo Primeiro Conselho de Contribuintes.**

É o Relatório. *gel*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

VOTO VENCIDO

Conselheira MARIA HELENA COTTA CARDOZO, Relatora

Trata o presente processo, de Pedido de Restituição de Imposto de Renda Retido na Fonte, relativo ao ano-calendário de 1991, apresentado em 23/12/2003 (fls. 01).

Alegava o contribuinte que os rendimentos objeto da retenção haviam sido recebidos em função de adesão a Plano de Demissão Voluntária - PDV.

O acórdão de primeira instância recorrido indeferira a solicitação, tendo em vista a extemporaneidade do pedido, e remarcaria a ausência de provas que dessem respaldo às alegações do contribuinte.

Por outro lado, o recorrente se defendia afirmando que os documentos em questão não se encontravam em seu poder, e sim com a fonte pagadora. Esta se recusara a fornecer-lhe diretamente as comprovações, o que foi confirmado pela declaração de fls. 19.

Embora esta Conselheira comungasse com o entendimento da decisão de primeira instância, no que tange à decadência do direito de pleitear a restituição em tela, tal posicionamento vinha sendo vencido neste Colegiado, para o qual seria de fundamental importância a confirmação de que efetivamente tratar-se-ia de valor recebido no contexto de PDV. Nesse passo, a verificação acerca da veracidade das informações do recorrente estaria comprometida, já que o acórdão recorrido deixava clara a intenção de não envidar esforços para obter a documentação da fonte pagadora. *ml*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

Assim sendo, tendo em vista o princípio da verdade material que rege o processo administrativo fiscal, esta Conselheira não se opôs a votar pela conversão do julgamento em diligência à Repartição de Origem, para que esta solicitasse à fonte pagadora toda a documentação referente ao PDV - Plano de Demissão Voluntária do qual teria sido beneficiário o recorrente.

Assim, foi exarada a Resolução nº 104-1.935, de 19/05/2005 (fls. 64 a 68), que resultou no aporte aos autos da documentação de fls. 90 a 95, encaminhada pela fonte pagadora dos rendimentos em tela.

Antes de examinar o mérito, é necessário o exame da prejudicial representada pela decadência, o que será feito na seqüência. *gel*

Sobre o perecimento do direito à restituição de pagamento indevido, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 1966) assim estabelece:

"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 identificação 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.

(...)

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

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

**I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, na 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)

No caso em apreço, trata-se obviamente de hipótese inserida no inciso I do art. 165, acima transcrito, uma vez que a fonte pagadora efetuou a retenção espontaneamente, conforme entendimento administrativo que, embora reformulado por força de decisões do Superior Tribunal de Justiça, à época dos recolhimentos encontrava-se em plena vigência. Ressalte-se que referido inciso menciona apenas o pagamento indevido, sem adentrar ao mérito do motivo do indébito, concluindo-se então que estão incluídos também os casos de pagamento indevido em função de interpretação administrativa divergente de entendimento do Judiciário.

A inserção da hipótese em tela no inciso I do art. 165 do CTN conduz ao inciso I do art. 168 do mesmo diploma legal, segundo o qual o direito de pleitear a restituição perece com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário. Esta, por sua vez, é a data do pagamento indevido, conforme art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 2005.

Assim, na situação ora tratada, uma vez que o crédito tributário foi extinto pelo pagamento (retenção) em 1990 (art. 156, inciso I, do CTN, e art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 2005), o direito de pleitear a respectiva restituição decaiu em 1995. Obviamente, o presente pedido de restituição, protocolado que foi em 23/12/2003, **encontra-se inexoravelmente atingido pela decadência, até mesmo pela tese dos cinco anos, acrescidos de mais cinco, esposada pelo STJ até junho de 2005 (conhecida como "tese dos cinco mais cinco")**.

O interessado argumenta que o *dies a quo* para contagem do prazo decadencial seria o da edição de ato administrativo reconhecendo a impertinência da *per*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

exação (Instrução Normativa SRF nº 165, publicada 06/01/1999), tese esta totalmente destituída de amparo legal. Como já assentado no presente voto, os arts. 165, inciso I, e 168, inciso I, do Código Tributário Nacional, não especificam o motivo do indébito, concluindo-se assim que tais dispositivos legais albergam todos os casos de pagamento indevido, inclusive aqueles que envolvem divergência entre a interpretação administrativa e a judicial.

A tese do interessado, além de não encontrar abrigo no CTN nem em qualquer outro diploma legal vigente, colide frontalmente com o princípio da segurança jurídica, já que inaugura hipótese de imprescritibilidade no Direito Tributário, o que não está previsto nem mesmo na Constituição Federal, salvo no âmbito do Direito Penal, relativamente à pretensão punitiva do Estado quanto à prática de racismo e à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, incisos XLII e XLIV).

A falta de fundamentação legal da tese ora analisada, no que tange ao termo inicial para contagem do prazo decadencial, foi registrada com propriedade pela doutrina, aqui representada por Eurico Marcos Diniz de Santi (Decadência e Prescrição no Direito Tributário, São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 273/277).

Ressalte-se que o trecho aqui transcrito, embora se refira a Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada pelo Supremo Tribunal Federal, pode ser perfeitamente aplicado ao caso de interpretação esposada pelo Superior Tribunal de Justiça, como é o caso da tributação dos rendimentos pagos a título de PDV/PIA:

"Por isso, o controle da legalidade não é absoluto, exige o respeito do presente em que a lei foi vigente. Daí surgem os prazos judiciais garantindo a coisa julgada, e a decadência e a prescrição cristalizando o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

(...) *gel*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

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, tornando os direitos subjetivos instáveis até que a constitucionalidade da lei seja objeto de controle pelo STF. Ocorre que, se a decadência e a prescrição perdessem 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 da lei.

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 do 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 repetição 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 exercitar o direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito.

Respeitados os limites do controle da constitucionalidade e da imprescritibilidade da ADIN, os prazos de prescrição do direito do contribuinte ao débito do Fisco permanecem regulados pelas três regras que construímos a partir dos dispositivos do CTN."

Destarte, os mesmos argumentos e conclusões defendidos no trecho colacionado aplicam-se à tese de que a contagem do prazo decadencial teria como marco inicial a data de publicação de ato administrativo, pois, como ficou sobejamente demonstrado, qualquer tese que vise a criação de *dies a quo* do prazo decadencial à revelia do CTN é desprovida de base legal e afronta o princípio da segurança jurídica, o que é 

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

vedado pela Lei nº 9.784, de 29/01/1999, aplicada subsidiariamente ao processo administrativo fiscal:

“Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência.” (grifei)

Nesse mesmo sentido a matéria publicada no Informativo nº 0267, do STJ - Superior Tribunal de Justiça, acerca da decisão no Recurso Especial nº 747.091-ES, de 08/11/2005, que tratava da cota de contribuição sobre exportações de café, considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal:

“RENÚNCIA. PRESCRIÇÃO. FAZENDA PÚBLICA.

Não há como se entender que haja renúncia tácita de prescrição já consumada em favor da Fazenda Pública, pois, conforme o princípio da indisponibilidade dos bens públicos, isso só pode dar-se mediante lei. No caso, o art. 18 da Lei nº 10.522/2002 apenas dispensou a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição na dívida ativa da União e o ajuizamento de execução fiscal em casos de quota de contribuição para a exportação de café, nada dispondo sobre renúncia à prescrição. Ao contrário, em seu § 3º, aquele artigo deixa claro que não abre mão de valores já percebidos, quanto mais de valores recebidos e insusceptíveis de exigência pela via judicial pelo fato de se haver consumado a prescrição. Com esse entendimento, destacado entre outros, a Turma negou provimento ao especial. Precedentes citados do STF: RE 80.153-SP, DJ 13/10/1976. REsp 747.091, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 8/11/2005.”

O artigo 18 da Lei nº 10.522, de 2002, citado na matéria acima transcrita, com a redação da Lei nº 11.051, de 2004, assim dispunha:

“Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente: *pel*”

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

(...)

X - à Cota de Contribuição revigorada pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 2.295, de 21 de novembro de 1986.”

A Instrução Normativa SRF nº 165, de 1998, a qual o contribuinte quer atribuir o condão de reabrir o prazo decadencial, tem a seguinte redação:

“Art. 1º Fica dispensada a constituição de créditos da Fazenda Nacional relativamente à incidência do Imposto de Renda na fonte sobre as verbas indenizatórias pagas em decorrência de incentivo à demissão voluntária.

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.

§ 1º Na hipótese de créditos constituídos, pendentes de julgamento, os Delegados de Julgamento da Receita Federal subtrairão a matéria de que trata o artigo anterior.”

Como se pode observar, ambas as normas legais - Lei nº 10.522, de 2002, e Instrução Normativa SRF nº 165, de 1998 - determinam os mesmos procedimentos, ou seja, a dispensa de constituição de créditos tributários relativos às exações tratadas - Cota de Contribuição sobre Exportações de Café e Imposto de Renda Pessoa Física - bem como a revisão de créditos já constituídos.

**Ora, se o Superior Tribunal de Justiça entende que o art. 18 da Lei nº 10.522, de 2002, não tem o condão de reabrir prazos decadenciais/prescricionais, não há como pretender-se conferir tal efeito a comando idêntico ao citado artigo, porém transmitido por meio de uma Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal. Ademais, como já exposto, nem mesmo a tese dos “cinco mais cinco”, defendida pelo STJ até junho de 2005, socorreria o recorrente, uma vez que entre a data da retenção e a do pedido decorreram mais de dez anos.** *pl*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

Nesse sentido, confira-se a ementa da decisão exarada no Recurso Especial 747.091/ES, de 08/11/2005:

**“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA 1ª SEÇÃO NO ERESP 435.835/SC. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ART. 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA. ENTENDIMENTO CONSIGNADO NO VOTO DO ERESP 327.043/DF.**

(...)

2. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do ERESP 435.835/SC, Rel. p/ o acórdão Min. José Delgado, sessão de 24.03.2004, consagrou o entendimento segundo o qual o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador - **sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo prescricional, a causa do indébito.** Adota-se o entendimento firmado pela 1ª Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal, no sentido da subordinação do termo *a quo* do prazo ao universal princípio da *actio nata* (voto-vista proferido nos autos do ERESP 423.994/SC, 1ª Seção, Min. Peçanha Martins, sessão de 08.10.2003).

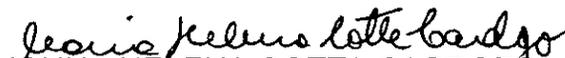
**3. No caso, a ação foi promovida quando já passados mais de dez anos da data do recolhimento do tributo que se busca repetir.**

4. A renúncia à prescrição em favor da Fazenda Pública somente se dá quando expressamente autorizada por lei.

5. Recurso Especial a que se nega provimento.” (grifei)

Assim sendo, NEGOU provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 26 de maio de 2006

  
MARIA HELENA COTTA CARDOZO

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

VOTO VENCEDOR

Conselheiro NELSON MALLMANN, Redator-designado

Com a devida vênia da nobre relatora da matéria, Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, permito-me divergir quanto a preliminar de decadência.

Alega a nobre relatora, que o presente processo trata de Pedido de Restituição de Imposto de Renda Retido na Fonte, relativo ao ano-calendário de 1991, apresentado em 23/12/2003 (fls. 01).

Entende, a Conselheira Relatora, que na situação ora tratada, uma vez que o crédito tributário foi extinto pelo pagamento (retenção) em 1990 (art. 156, inciso I, do CTN, e art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 2005), o direito de pleitear a respectiva restituição decaiu em 1995. Obviamente, o presente pedido de restituição, protocolado que foi em 23/12/2003, encontra-se inexoravelmente atingido pela decadência, até mesmo pela tese dos cinco anos, acrescidos de mais cinco, esposada pelo STJ até junho de 2005 (conhecida como "tese dos cinco mais cinco").

Com a devida vênia, não posso compartilhar com tal entendimento, pelos motivos expostos abaixo.

Da análise do processo, observa-se que o interessado argumenta que o *dies a quo* para contagem do prazo decadencial seria o da edição de ato administrativo reconhecendo a impertinência da exação.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

Assim, a principal tese argumentativa do suplicante é no sentido de que as verbas recebidas em decorrência da demissão voluntária são isentas da incidência do imposto de renda e que o direito para pedir a restituição do Imposto de Renda incidente sobre verbas indenizatórias do Plano de Demissão Voluntária foi exercido dentro do prazo decadencial, ou seja, o presente pedido foi protocolado em 23/12/03 (antes dos cinco anos da publicação da IN SRF 165, de 06/01/99).

Entendeu a decisão recorrida que já havia decorrido o prazo decadencial para a repetição do indébito, deixando de analisar o mérito da questão.

Como o requerente alega, que as verbas questionadas tem origem em Pedido de Demissão Voluntária – PDV, se faz necessário analisar o termo inicial para a contagem do prazo para requerer a restituição do imposto que indevidamente incidiu sobre tais valores.

Na regra geral o prazo decadencial do direito à restituição do tributo encerra-se após o decurso de cinco anos, contados da data do pagamento ou recolhimento indevido. Assim sendo, a primeira vista, observando-se de forma ampla e geral, é líquido é certo que já havia ocorrido à decadência do direito de pleitear a restituição, já que segundo o art. 168, I, c/c o art. 165 I e II, ambos do Código Tributário Nacional, o direito de pleitear a restituição, nos casos de cobrança ou pagamento espontâneo do tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, extingue-se com o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados da data de extinção do crédito tributário.

Não há dúvidas, em se tratando de indébito que se exteriorizou no contexto de solução administrativa o tema é bastante polêmico, o que exige discussões doutrinárias e jurisprudenciais, razão pela qual, no caso específico dos autos, se faz necessário um exame mais detalhado da matéria.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

Com todo o respeito aos que pensam de forma diversa, entendo, que neste caso específico, que o termo inicial não poderá ser o momento da retenção do imposto, já que a retenção do imposto pela fonte pagadora não extingue o crédito tributário em razão de tal imposto não ser definitivo, consubstanciando-se em mera antecipação do imposto apurado através da declaração de ajuste anual. Como da mesma forma, não poderá ser o marco inicial da contagem a data da entrega da declaração de ajuste anual.

Entendo, que a fixação do termo inicial para a apresentação do pedido de restituição está estritamente vinculada ao momento em que o imposto passou a ser indevido. Até porque, antes deste momento às retenções efetuadas pela fonte pagadora eram pertinentes, já que em cumprimento de ordem legal. O mesmo ocorrendo com o imposto devido apurado pelo requerente em sua declaração de ajuste anual. Em outras palavras quer dizer que, antes do reconhecimento da improcedência do imposto, tanto a fonte pagadora quanto o beneficiário agiram dentro da presunção de legalidade e constitucionalidade da lei.

Isto é, até a decisão judicial ou administrativa em contrário, ao contribuinte cabe dobrar-se à exigência legal tributária. Reconhecida, porém, sua inexigibilidade, quer por decisão judicial transitada em julgado, quer por ato da administração pública, sem sombra de dúvidas, somente a partir deste ato estará caracterizado o indébito tributário, gerando o direito a que se reporta o artigo 165 do C.T.N.

Porquanto, se por decisão do Estado, pólo ativo das relações tributárias, o contribuinte se via obrigado ao pagamento de tributo até então, ou sofrer-lhe as sanções, a reforma dessa decisão condenatória por ato da própria administração, tem o efeito de tornar o termo inicial do pleito à restituição do indébito à data de publicação do mesmo ato.

Portanto, na regra geral o prazo decadencial do direito à restituição encerra-se após o decurso de cinco anos, contados da data do pagamento ou recolhimento indevido. Sendo exceção à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da lei

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

em que se fundamentou o gravame ou de ato da administração tributária que reconheça a não incidência do tributo, momento em que o início da contagem do prazo decadencial desloca-se para a data da Resolução do Senado que suspende a execução da norma legal declarada inconstitucional, ou da data do ato da administração tributária que reconheça a não incidência do tributo, sendo que, nestes casos, é permitida a restituição dos valores pagos ou recolhidos indevidamente em qualquer exercício pretérito.

Por outro lado, também não tenho dúvida, se declarada a inconstitucionalidade – com efeito, *erga omnes* – da lei que estabelece a exigência do tributo, ou de ato da administração tributária que reconheça a sua não incidência, este, a princípio, será o termo inicial para o início da contagem do prazo decadencial do direito à restituição de tributo ou contribuição, porque até este momento não havia razão para o descumprimento da norma, conforme jurisprudência desta Câmara.

Ora, se para as situações conflituosas o próprio CTN no seu artigo 168 entende que deve ser contado do momento em que o conflito é sanado, seja por meio de acórdão proferido em ADIN; seja por meio de edição de Resolução do Senado Federal dando efeito *erga omnes* a decisão proferida em controle difuso; ou por ato administrativo que reconheça o caráter indevido da cobrança.

Este é o entendimento já pacificado no âmbito do Primeiro Conselho de Contribuintes e confirmado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, que, ao julgar recurso da Fazenda Nacional, contra decisão do Conselho de Contribuintes, decidiu que, em caso de conflito quanto à ilegalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se da data da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária, conforme se constata no Acórdão CSRF/01-03.239, de 19 de março de 2001, cuja ementa transcrevo:

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

“DECADÊNCIA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - TERMO INICIAL - Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se:

- a) da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;
- b) da Resolução do Senado que confere efeito *erga omnes* à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;
- c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.”

Admitir entendimento contrário é certamente vedar a devolução do valor pretendido e, conseqüentemente, enriquecer ilicitamente o Estado, uma vez que à Administração Tributária não é dado manifestar-se quanto à legalidade e constitucionalidade de lei, razão porque os pedidos seriam sempre indeferidos, determinando-se ao contribuinte socorrer-se perante o Poder Judiciário. O enriquecimento do Estado é ilícito porque é feito às custas de lei inconstitucional.

A regra básica é a administração tributária devolver o que sabe que não lhe pertence, a exceção é o contribuinte ter que requerê-la e, neste caso, só poderia fazê-la a partir do momento que adquiriu o direito de pedir a devolução.

Desta forma, no caso em litígio, não tenho dúvidas em afirmar que somente a partir da publicação da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 165, de 31 de dezembro de 1998 (DOU de 06 de janeiro de 1999) surgiu o direito do requerente em pleitear a restituição do imposto retido, porque esta Instrução Normativa estampa o reconhecimento da Autoridade Tributária pela não-incidência do imposto de renda sobre os rendimentos decorrentes de planos ou programas de desligamento voluntário. Assim sendo, entendo que não ocorreu a decadência do direito de pleitear a restituição em discussão.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13819.003925/2003-91  
Acórdão nº. : 104-21.642

É de se ressaltar, que no exame do mérito a DRJ deve levar em consideração os documentos de fls. 90 a 96, juntados aos autos por força da Resolução nº 104-1935, de 19/05/2005.

Assim, na esteira das considerações acima expostas e por ser de justiça, voto no sentido de DAR provimento ao recurso para afastar a decadência e determinar o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento, para enfrentamento do mérito.

Sala das Sessões - DF, em 26 de maio de 2006

  
NELSON MALLMANN