



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

Processo nº 19679.002062/2006-13
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2802-00.920 – 2ª Turma Especial
Sessão de 26 de julho de 2011
Matéria IRPF.
Recorrente PEDRO FEITOSA SALGUEIRO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2001

Ementa:

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA - MOLÉSTIA GRAVE - DECADÊNCIA

Na conformidade do disposto no art. 168 do CTN, o pedido de restituição do indébito tributário, pago a título de imposto de renda incidente sobre rendimentos de aposentadoria, tomando-se em conta o benefício da isenção por moléstia grave, deve ser pleiteado dentro dos cinco anos, contados da data do pagamento indevido ou a maior. Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(Assinado digitalmente)

Jorge Claudio Duarte Cardoso - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Dayse Fernandes Leite - Relatora.

EDITADO EM: 19/09/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Participaram, do presente julgamento os Conselheiros: Jorge Claudio Duarte Cardoso (Presidente), German Alejandro San Martin Fernandez, Lucia Reiko Sakae, Carlos Andre Ribas de Mello, Dayse Fernandes Leite e Sidney Ferro Barros.

Relatório

PEDRO FEITOSA SALGUEIRO, já qualificado nos autos do processo em epígrafe, interpõe recurso voluntário a este Colegiado (fls.27/28) contra a decisão do Delegado da Receita Federal de Julgamento de São Paulo II- SP, que julgou improcedente o pedido de restituição de imposto de renda na fonte incidente sobre rendimentos sobre os proventos de aposentadoria auferidos pelo interessado durante o ano calendário 2000, por ser portador de moléstia grave.

O pedido de restituição foi indeferido, através de despacho da Delegacia da Receita Federal, de fls. 21/25 por entender aquela autoridade que não restou comprovado que o contribuinte era portador de patologia no período pleiteado.

O recorrente impugna o despacho decisório, alegando, em síntese, que:

- é funcionário público aposentado desde 18/06/1998, sofreu cirurgia no rim esquerdo quando ficou constatada a ocorrência de neoplasia renal maligna, conforme exame anátomo patológico datado de 17/11/1985, estando sujeito a acompanhamento clínico desde então;
- o Laudo de Inspeção de Saúde de fl. 07 comprova que é portador de patologia relacionada no art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 1988, tendo sido autorizada a suspensão do desconto do imposto de renda na fonte a partir de julho de 2005;
- está solicitando a retificação da declaração por meio do presente processo por não ter conseguido transmiti-la pelo endereço eletrônico da RFB, embora estivesse dentro do prazo legal previsto no art. 898 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99.

A Sétima Turma da Delegacia da Receita Federal de julgamento São Paulo(SP), ao examinar o pleito, proferiu o acórdão nº 17-30.154, de 19 de fevereiro de 2009, que se encontra às fls. 49 a 51 cuja ementa é a seguinte:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2000

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear a restituição de tributos extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data do pagamento indevido.

Solicitação Indeferida.

Não concordando com o teor da decisão proferida, o contribuinte apresentou em 18/05/2007, recurso voluntário de fls. 54/57, alegando, em apertadíssima, síntese, que seus rendimentos são isentos de imposto sobre a renda, por ser aposentado e portador de moléstia grave.

É o relatório

Voto

Conselheira Dayse Fernandes Leite, Relatora

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

A matéria submetida ao julgamento de segunda instância é delimitada à decadência ou não do direito de pleitear a restituição de valores de imposto de renda retido na fonte feitos, segundo alega o requerente, incidente sobre os proventos de aposentadoria auferidos pelo interessado durante o ano calendário 2000. O contribuinte alega ter direito à isenção prevista no art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 22/12/1988, por ser portador de uma das moléstias ali elencadas, anexando às fls. 02/14 documentos comprobatórios e declaração retificadora..

Conforme despacho decisório de fls. 49/51, o pedido de restituição foi indeferido com fundamento na decadência, sem que tenha sido apreciado o mérito propriamente dito.

O caso em questão refere-se a pagamento/retenção de tributo alegadamente indevido, matéria regulada pelo inciso I do art. 165 c/c inciso I do art. 168 do CTN.

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

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

No que toca aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso destes autos, a matéria foi alvo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, tendo a jurisprudência do STJ oscilado entre duas correntes: a que estabelecia o marco inicial com o pagamento/retenção (princípio da *actio nata* - ERESP 423.994/SC, 1ª Seção, Min. Peçanha Martins, sessão de 08.10.2003) e a que considerava que, não havendo homologação expressa, o termo inicial ocorre com a homologação tácita contada a partir do fato gerador.

Essa última corrente veio a consolidar-se no âmbito daquele Tribunal Superior sob a denominação de *tese dos 5 mais 5*.

Ocorre que no intuito de interpretar o inciso I do art. 168 do CTN foi publicada, no Diário Oficial da União (DOU) de 9 de fevereiro de 2005, a Lei Complementar nº 118, de mesma data, estipulando que, no caso de tributos sujeito a lançamento a extinção do crédito tributário a que se refere ao inciso I do art. 168 do CTN ocorre no momento do pagamento antecipado de que trata o §1º do art. 150 do CTN.

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Além disso, a referida Lei Complementar em seu art. 4º dispôs expressamente sobre a observância do inciso I do art. 106 do CTN, que por sua vez prescreve a aplicação retroativa, em qualquer caso, quando se trate de lei expressamente interpretativa.

Eis os textos legais supra indicados:

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; (...)

O presente julgado subsume-se aos ditames dos art. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005.

O STJ primeiramente consolidou o entendimento de que referida Lei Complementar somente seria aplicável aos processos ajuizados após sua vigência e, em seguida, firmou entendimento de que somente é aplicável aos pagamentos efetuados após sua vigência (AgRg nos ERESP 644.736-PE, DJ 27/8/2007. REsp 1.002.932-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2009)

Ao assim decidir, o Tribunal Superior afastou a aplicação da Lei Complementar por inconstitucionalidade, ainda que não houvesse deixado esse fundamento expreso.

Contudo, essas decisões foram objeto de apelo ao STF (RE 482090/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa) porque, ainda que não mencionada expressamente a inconstitucionalidade, ao afastar a aplicação da Lei Complementar 118/2005, sob o fundamento de que feria princípios como os da segurança jurídica, da irretroatividade ou do direito adquirido, o STJ somente poderia declarar a inconstitucionalidade da lei com observância à reserva de plenário, estampada no art. 97 da Constituição de 1988.

O Pleno do STF determinou a devolução da matéria ao órgão fracionário do STJ, a fim de que fosse observado o art. 97 da CF.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DE NORMA FEDERAL. CAUSA DECIDIDA SOB CRITÉRIOS DIVERSOS ALEGADAMENTE EXTRAÍDOS DA CONSTITUIÇÃO. RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 118/2005, ARTS. 3º E 4º. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (LEI 5.172/1966), ART. 106, I. RETROAÇÃO DE NORMA AUTO-INTITULADA

INTERPRETATIVA. "Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição" (RE 240.096, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 21.05.1999). Viola a reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) acórdão prolatado por órgão fracionário em que há declaração parcial de inconstitucionalidade, sem amparo em anterior decisão proferida por Órgão Especial ou Plenário. Recurso extraordinário conhecido e provido, para devolver a matéria ao exame do Órgão Fracionário do Superior Tribunal de Justiça.(RE 482090/SP, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento de 18/06/2008, Tribunal Pleno).

Suprida essa deficiência, o STJ veio a declarar pelo seu Órgão Especial a inconstitucionalidade da parte final do art. 4º da Lei Complementar 118/2005 (observado quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional).(AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

Levada a questão ao STF, no RE 561.908-RG/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, foi reconhecida a repercussão geral da matéria, implicando na suspensão do processamento dos demais processos até decisão do STF no referido Recurso Extraordinário, nos termos do parágrafo único do art. 328, Regimento Interno do STF e do art. 543-B do CPC.

De outro giro, o Plenário do STF iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, que trata da mesma matéria (Informativo STF nº 585), cujos votos até então prolatados podem ser resumidos da seguinte forma:

1) a ministra Ellen Gracie adotou, o entendimento do próprio STF na Súmula 445, em detrimento da aplicação do art. 2.028 do Código Civil, e reconheceu que, tendo a Lei Complementar nº 118/2005 estabelecido aplicação retroativa, só caberia eliminar o que é inconstitucional, não havendo lacuna que permita a invocação do art. 2.028 do Código Civil, considerando inconstitucional a segunda parte do artigo 4º da LC 118/05, por violação à segurança jurídica, entendendo aplicável o novo prazo às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

2) o ministro Marco Aurélio foi o segundo a votar e abriu a divergência em relação ao voto da ministra Ellen Gracie, entendendo que a Lei Complementar nº 118/2005 apenas interpreta a regra que já valia – ou seja, a reclamação dos valores pagos indevidamente deve ser feita no prazo de cinco anos segundo o que estaria previsto desde 1966, no CTN, segundo o Ministro Marco Aurélio, foi o STJ que flexibilizou indevidamente esse prazo para dez anos;

3) os ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Cezar Peluso votaram de acordo com a ministra Ellen Gracie, entretanto, para o ministro Celso de Mello, o novo prazo só poderia ser aplicado aos fatos (indébitos) posteriores à vigência da Lei Complementar nº 118/2005;

4) os ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Gilmar Mendes votaram com o Ministro Marco Aurélio.

O julgamento foi suspenso para aguardar-se o voto do Ministro Eros Grau.

Um fato é certo, não aplicar ao presente litígio o marco inicial estipulado pelo art. 3º c/c art. 4º da Lei Complementar 118/2005 requer fundamentação em inconstitucionalidade do dispositivo legal. Portanto, o julgamento deste processo envolve preliminarmente a discussão sobre a competência desse Conselho Administrativo.

Sobre esse ponto há previsão expressa no art. 62 do Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009):

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

- a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;*
- b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou*
- c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.*

Não se trata de qualquer de qualquer dessas hipóteses excepcionais.

Ressalte-se que não há pronunciamento do Plenário do STF em decisão definitiva. Pelo contrário, a matéria ainda está em julgamento no STF, cujos informativos de jurisprudência dão conta de que os Ministros da Corte Suprema estão divididos.

Ademais, de mesmo teor das Súmulas 2 dos 1º e 2º Conselhos de Contribuintes é a Súmula CARF nº 2, de observância obrigatória pelos membros do CARF (art. 72 do Regimento Interno do CARF).

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Tratando do mesmo tema a CSRF tem proferido diversos acórdãos em que, com fulcro na incompetência do CARF para afastar a aplicação de lei por inconstitucionalidade, julga o litígio aplicando o marco inicial com a interpretação dada pela Lei Complementar nº 118/2005, tendo, inclusive, com base no acórdão paradigma proferido no recurso voluntário nº 227.494 julgado vários processos na sistemática de recursos repetitivos, nos termos do art. 47 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009.

Oportuno registrar que o pedido de restituição, objeto do presente processo, foi formulado quando já em vigor a Lei Complementar 118/2005, assim, fica afastada possível controvérsia acerca da definição do termo inicial do prazo para pleitear a restituição nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, bem como é um caso não abrangido pela controvérsia a ser solucionada no RE561908

Não obstante o acórdão recorrido tenha manifestado entendimento de que não há comprovação nos autos de que o contribuinte era portador de patologia grave e portanto não teria o direito a isenção prevista no artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, com o reconhecimento da decadência do direito de pleitear a restituição, ou mesmo prescrição para quem entende dessa forma, fica prejudicada a apreciação de ter ou não o direito de usufruir dos revista no art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 22/12/1988,

Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

Brasília/DF, Sala de Sessões, 26 de julho de 2011

(Assinado digitalmente)

Dayse Fernandes Leite