



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

Processo n° 11516.002755/2008-11
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2301-003.552 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de junho de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente LOURIVAL FIEDLER
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1990 a 31/12/1997

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RESTITUIÇÃO. PARCELAMENTO REFIS. DECADÊNCIA.

O prazo para restituição de contribuição social indevida, no âmbito do REFIS, é de cinco anos, contados do pedido de devolução dos pagamentos da parcelas.

Verificado pagamento de parcela relativa a competência decadente, no período não atingido pela prescrição, cabível a repetição do indébito.

Comprovado o encargo econômico suportado pelo interessado, ex-sócio, mediante dação em pagamento, cabe o deferimento da restituição pleiteada.

FORMA DE COMPENSAÇÃO/ABATIMENTO

Deverá, para fins de devolução/abatimento, o pagamento recair primeiramente sobre os valores devidos e não abarcados pela decadência, inseridos no REFIS e, posteriormente, quitado integralmente o devido, os pagamentos deverão recair sobre as verbas indevidas a serem restituídas no processo.

A decadência é forma de extinção do crédito tributário e não há como exigir pagamento de contribuição sobre exigências decaídas.

LEGITIMIDADE DO RECORRENTE

A legitimidade do recorrente foi objeto de decisão, transitada em julgado, o que impede rediscussão da matéria.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: I) Por voto de qualidade: a) em dar provimento ao recurso, para que o abatimento das parcelas recaia, primeiramente, sobre os valores devidos, não abrangidos pela decadência do direito de exigir do Fisco, contidos no REFIS e, depois de quitado integralmente o devido, os pagamentos recaiam sobre as verbas indevidas, a serem restituídas no processo, conforme a restituição definida, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiro Bernadete de Oliveira Barros, Manoel Coelho Arruda Júnior e Mauro José Silva, que negavam provimento ao recurso nesta questão; II) Por maioria de votos: a) em reconhecer o direito à restituição das parcelas pagas após a data de 20/03/2003, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Wilson Antônio de Souza Correa, que reconhecia o direito integral à restituição; III) Por unanimidade de votos: a) em reconhecer a legitimidade do recorrente, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

MARCELO OLIVEIRA - Presidente.

(assinado digitalmente)

WILSON ANTONIO DE SOUZA CORRÊA – Relator designado ‘ad hoc’.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCELO OLIVEIRA (Presidente), WILSON ANTONIO DE SOUZA CORREA, MAURO JOSE SILVA, BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES e MANOEL ARRUDA COELHO JÚNIOR.

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto por LOURIVAL FIEDLER, em face de decisão prolatada pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis (DRJ/FNS), que julgou improcedente o pedido de restituição.

2. O Recorrente aviou o requerimento de restituição no dia 20 de fevereiro de 2008 (*vide* fls 001), onde almejava o ressarcimento de todos os valores pagos no âmbito do REFIS relativos às competências 03/1995 e anteriores ou, quando menos, da competência 12/1994 e anteriores, por considerar formalmente nulos lançamentos efetuados por aferição indireta.

3. Posteriormente atravessou uma petição visando declarar extinto o crédito tributário atingido pela decadência/prescrição. Foi proferida decisão de indeferimento, sob o fundamento de **falta de legitimidade** do Recorrente para o pleito de restituição, **não sendo apreciado o mérito do pedido**. Indignado, para anatematizar a decisão de piso aviou recurso.

4. A 5ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Florianópolis (DRJ/FNS), proferiu decisão, indeferindo o pleito do Recorrente, por falta de legitimidade para pleitear o crédito, não apreciando o mérito do pedido.

5. O Recorrente manejou então, Recurso Voluntário a esta Corte, alegando ser legítimo detentor de direito para perquirir o pleito de restituição, face a sua condição de devedor solidário da obrigação tributária; que anteriormente foi recepcionado o seu requerimento, no qual o débito foi retificado para afastar contribuições às terceiras entidades, então decadentes. Requereu a aplicação da decadência para a competência 03/1995 e anteriores, ou o ressarcimento dos valores anteriores à competência 01/1995, pelo vício formal do lançamento mediante aferição indireta.

6. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) julgou o Recurso, proferindo o acórdão nº 2401-01.178 (fl. 118 a 124), tornando nula a decisão de primeira instância, **reconhecendo a legitimidade do interessado para o pleito de restituição**, determinando a remessa dos autos a DRJ de origem para análise das demais razões meritórias das pretensas contribuições recolhidas indevidamente.

7. Após decisão acima, mister destacar que a parte, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, teve ciência da decisão do CARF e não recorreu (fls. 125).

8. Cientificado o Recorrente apresentou manifestação, reforçando a legitimidade reconhecida, requerendo aplicação da decadência da competência 03/1995 e anteriores e adicionalmente a nulidade por vício formal das competências 03/1990 a 12/1994, requerendo o levantamento dos valores e procedida à restituição.

9. A Unidade de Origem juntou aos autos todo o extrato dos pagamentos alocados aos débitos, os pagamentos via banco feitos para o REFIS, com código de pagamento DARF 9100, elaborou planilha com os valores recolhidos ao REFIS, e os repassados para quitação das NFLD 35.035.756-6 (dos autos) e 35.036.757-4.

10. há nos autos despacho historiando os fatos ocorridos nos processos, citando entre outros: i) os pedidos anteriores de revisão denegados na Delegacia da Receita Previdenciária em Florianópolis face a adesão ao REFIS; ii) o recurso encaminhado diretamente ao Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS);

11. Ao aviar o seu Recurso Voluntário, em ambos processos um sob nº 11516.002755/2008-11 (este) e outro sob nº 11516.000887/2008-16, o Recorrente alegou que: a) inicialmente que existem 02 (dois) pedidos de restituição, um para a NFLD nº 35.036.756-6 (processo nº; 11516.002755/2008-11) e outro para NFLD nº 35.036.757-4 (processo nº 11516.000887/2008-16), entretanto, às intimações recebidas pelo recorrente indica apenas o processo principal 11516.000887/2008-16, que certamente a decisão exarada abarcará os dois feitos, devendo o direito à restituição ter em mente tal premissa; b) que nos dois processos há uma única linha de discussão (direito à restituição de valores pagos no âmbito do REFIS, atingidos pela decadência e inexigíveis pela nulidade da aferição indireta, lançados em face de pessoa jurídica da qual foi sócio); c) alega que a ação judicial nº 2006.72.00.010883-0, não prejudica os interesses do recorrente, ante o disposto no art. 301, § 2º, do CPC, para que uma ação judicial seja idêntica à outra (e impeça nova discussão da matéria), é necessário, além da coincidência de partes, que a causa de pedir e o pedido de todos os efeitos sejam iguais. E não é isto, em absoluto, que se observa no caso concreto; d) aduz que o acórdão recorrido contrariou decisão anterior do CARF, que reconheceu a legitimidade do recorrente, cita o expresso no art. 42, do Decreto nº 70.235/72, não é crível que em segundo passo venha a ser desdito o que afirmado anteriormente, para afastar a legitimidade; e) afirma que o recorrente suportou o ônus do encargo financeiro decorrente da obrigação tributária, conforme contrato de alienação societária apresentado em primeira instância; f) que não houve prescrição, cita o artigo 168, inciso I, do CTN, diz que as medidas adotadas tendentes à revisão do débito interromperam a prescrição; g) contesta que o cálculo do crédito deve se dar a partir do momento em que os pagamentos feitos ao REFIS superou o montante devido; h) por fim, nulidade da aferição indireta, que o anexo, “Descrição de Fundamentos Legais” – FLD, não faz qualquer menção ao dispositivo da Lei 8.212/91, que ampara o arbitramento por meio de aferição indireta de salário-de-contribuição.

12. Não houve contra-razões e os autos foram encaminhados a esta Câmara para apreciação do recurso voluntário.

É a síntese do necessário.

Voto

Conselheiro WILSON ANTONIO DE SOUZA CORRÊA – Relator ‘ad hoc’

O presente Recurso Voluntário acode todos os pressupostos de admissibilidade, inclusive sendo tempestivo, razão pela qual, desde já, dele conheço.

LEGITIMIDADE DO RECORRENTE

Quanto à legitimidade do Recorrente, na análise dos autos verifico que o CARF já se pronunciou sobre essa questão, Acórdão nº 2401-01.178, definindo que o mesmo é parte legítima para pleitear a restituição, e conforme dito no relatório acima, a outra parte na lide, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que é quem tinha direito de questionar a decisão – por embargos ou por recurso especial, conforme reza o RICARF - teve ciência da decisão da Quarta Turma desta Seção do CARF (acórdão nº 2401-01.178), supramencionado e não recorreu.

Com a ausência de questionamento por parte da Procuradoria, essa matéria legitimidade, transitou em julgado na esfera administrativa, impedindo sua rediscussão.

Assim, em respeito à coisa julgada e ao trânsito em julgado, tenho como legítimo o Recorrente para perquirir os seus supostos direitos postos em exame na presente testilha.

DA PRESCRIÇÃO

Quanto à prescrição, tenho que cristalino é o Código Tribunal Nacional ao autorizar o sujeito passivo a receber o que foi pago indevidamente, desde que no prazo prescricional de cinco anos.

Reza o Código Tributário Nacional:

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;

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.

No mesmo diapasão dispõe o inciso I, do Decreto n.º 3.048, de 06 de maio de 1999, que aprovou o regulamento da Previdência Social, confirmando o entendimento apresentado:

“Art. 253. O direito de pleitear restituição ou de realizar compensação de contribuições ou de outras importâncias extingue-se em cinco anos, contados da data:

I - do pagamento ou recolhimento indevido; ou

II - em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a sentença judicial que tenha reformado, anulado ou revogado a decisão condenatória.”

No caso em tela ficou evidente que os pagamentos foram feitos por meio de parcelamento do REFIS, conforme nos demonstra os extratos.

Como é cediço, o prazo prescricional deve ser contado da data da extinção parcial do crédito tributário, que ocorre com o pagamento de cada parcela, na forma do art. 163 do CTN, e na jurisprudência abaixo. *In verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. REPETIÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL.

1. “Obtido o parcelamento do débito tributário e implementado o mesmo a maior, na visão do contribuinte, cumpre-lhe repetir o indébito no prazo do art. 168, I do CTN, máxime porque em casos tais de parcelamento, não sujeitos à homologação pelo Fisco, o prazo prescricional deve ser contado da data da extinção parcial do crédito tributário, que ocorre com o pagamento de cada parcela” (REsp 840.037/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 14.5.2007).

2. Assim, o prazo prescricional (de cinco anos) para se pleitear o que foi recolhido indevidamente, na hipótese de parcelamento, tem como termo inicial o pagamento de cada parcela, e não o momento em que foi deferido o pedido de parcelamento, como equivocadamente entendeu o Tribunal de origem.

3. Recurso especial provido” (REsp 1009651/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 15/04/2009).

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ART. 35 DA LEI 7.713/88. PARCELAMENTO. PRESCRIÇÃO. TERMO AQUO. COMPENSAÇÃO.

1. Obtido o parcelamento do débito tributário e implementado o mesmo a maior, na visão do contribuinte, cumpre-lhe repetir o indébito no prazo do art. 168, I do CTN, máxime porque em casos tais de parcelamento, não sujeitos à homologação pelo Fisco, o prazo prescricional deve ser contado da data da extinção parcial do crédito tributário, que ocorre com o pagamento de cada parcela.

2. Recurso especial desprovido”.(REsp 840.037/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2007, DJ 14/05/2007, p. 262)

Assim, considerando que o Recorrente apresentou requerimento de restituição em 20 de fevereiro de 2008, no qual pleiteou o ressarcimento dos valores pagos no âmbito do REFIS relativos às competências 03/1995 e anteriores. Entende que o prazo prescricional é de dez anos.

No caso, cumpre aplicar a regra prescricional, nos termos do art. 168 do CTN, que tem por marco a data do requerimento apresentado, ou seja, 20/02/2008, a partir daí, retroagir cinco anos, que corresponde a 20/03/2003.

Assim, tomando por base a planilha, de fls. 66 a 93 do processo 11516.000887/2008-16, nota-se que não estão prescritos para fins de repetição diversos pagamentos feitos após a data de 20/03/2003.

Concluo, portanto, em votar por reconhecer o direito à restituição das parcelas pagas após a data de 20/03/2003.

DO DIREITO A VALORES ATINGIDOS PELA DECADÊNCIA.

Quanto ao direito a valores atingidos pela decadência, penso que há razão em seu pedido a Recorrente, eis que em seu pedido de restituição, solicita reconhecimento, por parte da administração tributária, de valores lançados, integrantes do REFIS, estariam alcançados pela decadência, ou seja, seriam inexigíveis.

Realmente, entre a data do lançamento, 04/2000, fls. 0425, a data em que se solicita a restituição, 02/2008, houve definição, no mundo jurídico, a respeito da regra decadencial a ser aplicada nas contribuições previdenciárias, por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF).

O fato é que o Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de n.º 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212 de 1991, nestas palavras:

Súmula Vinculante n.º 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal a Súmula de n.º 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei n.º 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN. Nesse sentido deve ser seguida a interpretação adotada pelo STJ no julgamento proferido pela 1ª Seção no Recurso Especial de

n° 766.050, cuja ementa foi publicada no Diário da Justiça em 25 de fevereiro de 2008, nestas palavras:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. ALEGADA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE DA CDA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI N° 406/68. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. FIXAÇÃO. OBSERVAÇÃO AOS LIMITES DO § 3.º DO ART. 20 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07 DO STJ. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 173, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

1. O Imposto sobre Serviços é regido pelo DL 406/68, cujo fato gerador é a prestação de serviço constante na lista anexa ao referido diploma legal, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo. 2. A lista de serviços anexa ao Decreto-lei n.º 406/68, para fins de incidência do ISS sobre serviços bancários, é taxativa, admitindo-se, contudo, uma leitura extensiva de cada item, no afã de se enquadrar serviços idênticos aos expressamente previstos (Precedente do STF: RE 361829/RJ, publicado no DJ de 24.02.2006; Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e AgRg no Ag 577068/GO, publicado no DJ de 28.08.2006). 3. Entrementes, o exame do enquadramento das atividades desempenhadas pela instituição bancária na Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68 demanda o reexame do conteúdo fático probatório dos autos, insindicável ante a incidência da Súmula 7/STJ (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e REsp 445137/MG, publicado no DJ de 01.09.2006). 4. Deveras, a verificação do preenchimento dos requisitos em Certidão de Dívida Ativa demanda exame de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de Recurso Especial (Súmula 07/STJ). 5. Assentando a Corte Estadual que "na Certidão de Dívida Ativa consta o nome do devedor, seu endereço, o débito com seu valor originário, termo inicial, maneira de calcular juros de mora, com seu fundamento legal (Código Tributário Municipal, Lei n.º 2141/94; 2517/97, 2628/98 e 2807/00) e a descrição de todos os acréscimos" e que "os demais requisitos podem ser observados nos autos de processo administrativo acostados aos autos de execução em apenso, onde se verificam: a procedência do débito (ISSQN), o exercício correspondente (01/12/1993 a 31/10/1998), data e número do Termo de Início de Ação Fiscal, bem como do Auto de Infração que originou o débito", não cabe ao Superior Tribunal de Justiça o reexame dessa inferência. 6. Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC (Precedentes: AgRg no AG 623.659/RJ, publicado no DJ de

06.06.2005; e AgRg no Resp 592.430/MG, publicado no DJ de 29.11.2004). 7. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07, do STJ, e no entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário" (Súmula 389/STF). 8. O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173: "Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento." 9. A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210). 10. Nada obstante, as aludidas regras decadenciais apresentam prazo quinquenal com dies a quo diversos. 11. Assim, conta-se do "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (artigo 173, I, do CTN), o prazo quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício), quando não prevê a lei o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, bem como inexistindo notificação de qualquer medida preparatória por parte do Fisco. No particular, cumpre enfatizar que "o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado"

corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, sendo inadmissível a aplicação cumulativa dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do CTN, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a fim de configurar desarrazoado prazo decadencial decenal. 12. Por seu turno, nos casos em que inexistente dever de pagamento antecipado (tributos sujeitos a lançamento de ofício) ou quando, existindo a aludida obrigação (tributos sujeitos a lançamento por homologação), há omissão do contribuinte na antecipação do pagamento, desde que inócuentes quaisquer ilícitos (fraude, dolo ou simulação), tendo sido, contudo, notificado de medida preparatória indispensável ao lançamento, fluindo o termo inicial do prazo decadencial da aludida notificação (artigo 173, parágrafo único, do CTN), independentemente de ter sido a mesma realizada antes ou depois de iniciado o prazo do inciso I, do artigo 173, do CTN. 13. Por outro lado, a decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece a regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do Codex Tributário, segundo o qual, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador: "Neste caso, concorre a contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário. Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício" (In Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, pág. 170). 14. A notificação do ilícito tributário, medida indispensável para justificar a realização do ulterior lançamento, afigura-se como dies a quo do prazo decadencial quinquenal, em havendo pagamento antecipado efetuado com fraude, dolo ou simulação, regra que configura ampliação do lapso decadencial, in casu, reiniciado. Entrementes, "transcorridos cinco anos sem que a autoridade administrativa se pronuncie, produzindo a indigitada notificação formalizadora do ilícito, operar-se-á ao mesmo tempo a decadência do direito de lançar de ofício, a decadência do direito de constituir juridicamente o dolo, fraude ou simulação para os efeitos do art. 173, parágrafo único, do CTN e a extinção do crédito tributário em razão da homologação tácita do pagamento antecipado" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in obra citada, pág. 171). 15. Por fim, o artigo 173, II, do CTN, cuida da regra de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário quando sobrevém decisão definitiva, judicial ou administrativa, que anula o lançamento anteriormente efetuado, em virtude da verificação de vício formal. Neste caso, o marco decadencial inicia-se da data em que se tornar definitiva a aludida decisão anulatória. 16. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado

do ISSQN pelo contribuinte não restou adimplida, no que concerne aos fatos geradores ocorridos no período de dezembro de 1993 a outubro de 1998, consoante apurado pela Fazenda Pública Municipal em sede de procedimento administrativo fiscal; (c) a notificação do sujeito passivo da lavratura do Termo de Início da Ação Fiscal, medida preparatória indispensável ao lançamento direto substitutivo, deu-se em 27.11.1998; (d) a instituição financeira não efetuou o recolhimento por considerar intributáveis, pelo ISSQN, as atividades apontadas pelo Fisco; e (e) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 01.09.1999. 17. Desta sorte, a regra decadencial aplicável ao caso concreto é a prevista no artigo 173, parágrafo único, do Codex Tributário, contando-se o prazo da data da notificação de medida preparatória indispensável ao lançamento, o que sucedeu em 27.11.1998 (antes do transcurso de cinco anos da ocorrência dos fatos impositivos apurados), donde se deduz a higidez dos créditos tributários constituídos em 01.09.1999. 18. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.

Há de se ver que as contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação, assim devem, em regra, observar a regra prevista no art. 150, parágrafo 4º do CTN. Havendo, então o pagamento antecipado, observar-se-á a regra de extinção prevista no art. 156, inciso VII do CTN. Entretanto, somente se homologa pagamento, assim caso esse não exista, não há o que ser homologado, devendo assim ser observado o disposto no art. 173, inciso I do CTN.

Na análise dos autos, encontramos registro de pagamento no lançamento, fls. 032, portanto deve ser aplicada ao caso a regra decadencial expressa no Art. 150, § 4º do CTN.

Como o lançamento (DEBCAD: 35.036.756-64), em que se está solicitando a restituição, possui exigências de contribuição nas competências 03/1990 a 12/1997 (fls. 032), e foi cientificado ao sujeito passivo em 04/2000 (fls. 0425), pela regra decadencial expressa no Art. 150, § 4º são inexigíveis e devem ser excluídas do parcelamento as contribuições exigidas até a competência 03/1995, anteriores a 04/1995.

Com aplicação da solução sobre a regra decadencial, acima, a administração tributária deve – sobre os valores realmente exigíveis, ou seja, àqueles constantes do lançamento em competências a partir de 04/1995, posteriores a 03/1995, - utilizar os créditos pagos conforme a definição sobre prescrição acima, ou seja, utilizar todos os valores pagos a partir de 20/03/2003 para quitar os valores constantes do lançamento nas competências posteriores a 03/1995, que permaneceram no lançamento.

Destacamos que, caso o abatimento das parcelas, pagas após 02/03/2003, seja maior que os valores devidos, não alcançados pela decadência - contribuições referentes às competências posteriores a 03/1995 – o saldo deve ser restituído ao sujeito passivo, por sua exigência ser indevida.

Vejo como a única solução aplicável ao caso.

A declaração de inconstitucionalidade, proferida pelo STF, decide que - para os litígios em que o sujeito passivo esteja discutindo a decadência, administrativa ou

judicialmente - a norma julgada inconstitucional nunca existiu no mundo jurídico, portanto não poderia ter sido cobrada, *ex tunc*, cabendo sua restituição.

Destaco que o Pretório Excelsior aprovou a súmula 8 em sessão de 12/06/2008, ou seja, depois do pedido do sujeito passivo que é datado de 20 de fevereiro de 2008.

A própria fiscalização, em seu parecer, já dá sinais do direito do sujeito passivo, fls. 0425.

Portanto, por todo exposto, voto para que o abatimento das parcelas, pagas após 02/03/2003, recaia, primeiramente, sobre os valores devidos, não abrangidos pela decadência do direito de exigir do Fisco, (contribuições referentes às competências posteriores a 03/1995), contidos no REFIS e, depois – caso quitado integralmente o devido - os pagamentos seja restituídos, pois indevidos

CONCLUSÃO:

Diante do acima exposto, tenho que o presente Recurso Voluntário acode todos os pressupostos de admissibilidade, por isto dele se conhece, para DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, a fim de: i) reconhecer a legitimidade do Recorrente para perquirir a restituição tino o recorrente, nos termos do voto; ii) reconhecer o direito à restituição das parcelas pagas após a data de 20/03/2003, nos termos do voto; e iii) para que o abatimento das parcelas recaia, primeiramente, sobre os valores devidos, não abrangidos pela decadência do direito de exigir do Fisco, contidos no parcelamento e, depois de quitado integralmente o devido, caso haja saldo, os pagamentos sejam restituídos, nos termos do voto.

É o meu voto.

(assinado digitalmente)

Wilson Antonio de Souza Corrêa – Relator ‘Ad hoc’.