



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

Processo nº 35363.001736/2006-64
Recurso nº 257.573 Voluntário
Acórdão nº 2301-01.693 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de outubro de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO: SEGURADO
Recorrente CARLOS JOSÉ GHISLANDI
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM FLORIANÓPOLIS/SC

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2001 a 30/04/2006

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. EMPREGADO OU CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. NECESSIDADE DE PROVAR A RETENÇÃO. RECOLHIMENTOS DA EMPRESA QUE NÃO AFETAM O DIREITO DO POSTULANTE.

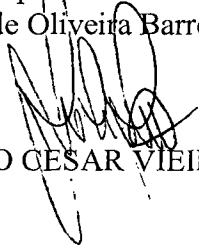
A Lei 8.212/91 criou uma presunção absoluta para os casos de obrigação de retenção, bastando que o empregado ou o contribuinte individual prove que sofreu a retenção para fazer jus à restituição, caso fique evidenciado ter sido feita a retenção em valor que supera o teto de contribuição. Eventual não recolhimento por parte da contratante em nada afeta o direito do postulante, diante da existência de presunção absoluta de retenção.

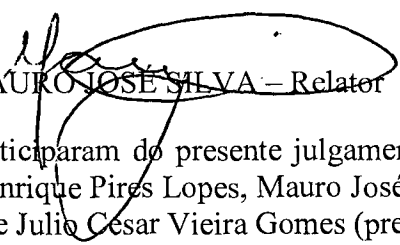
Recurso Voluntário Provido

Direito Creditório Reconhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, vencida a conselheira Bernadete de Oliveira Barros.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES – Presidente


MAURO JOSÉ SILVA – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Adriano Gonzáles Silvério, Damião Cordeiro de Moraes e Julio César Vieira Gomes (presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário por meio do qual o recorrente pretende a restituição de valores que entende recolhidos indevidamente nas competências 02/2001 a 04/2006 por entender ter contribuído acima do teto máximo, uma vez que tinha dois vínculos empregatícios, fls. 01.

A DRFB-Florianópolis/SC deferiu parcialmente o pedido do interessado, por entender ter ocorrido a decadência de uma parte do período e por constatar que uma das empregadoras, a Prefeitura Municipal de Tubarão não apresentou GFIP, tendo sido dada ciência à recorrente em 06/05/2008, fls. 470.

O recurso voluntário foi apresentado em 10/06/2008 com os argumentos a seguir resumidos.

Expressamente não questiona a parte declarada decaída.

No tocante às competências não deferidas por conta de não apresentação da GFIP pela Prefeitura de Tubarão, junta novos documentos originais que entende comprovam o recolhimento acima do teto no período questionado. Informa que compareceu no setor responsável na Prefeitura e obteve os documentos que anexou.

Voto

Conselheiro MAURO JOSÉ SILVA, Relator

Reconhecemos a tempestividade do recurso apresentado e dele tomamos conhecimento.

Direito à restituição. Empregado ou contribuinte individual. Necessidade de provar que sofreu a retenção. Recolhimento por parte da contratante não afeta direito do interessado.

Com relação à obrigação de reter e recolher a contribuição previdenciária, o §5º do art. 33 da Lei 8.212/91 criou uma presunção de que a retenção, nos casos legalmente previstos, foi realizada, *in verbis*:

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos.

...

§ 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

Sabendo tratar-se de presunção legal de retenção, resta-nos esclarecer se tratamos de presunção legal relativa ou absoluta.

Como se sabe, as presunções legais podem ser absolutas ou *juris et de jure* e relativas ou *juris tantum*, sendo as absolutas são insuscetíveis de serem ilididas por prova em contrário, ao passo que as relativas podem ser ilididas por provas de que o fato ocorrido diverge do fato presumido. (TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2005, p. 136). O referido dispositivo da Lei 8.212/91, dispôs que, para a empresa obrigada à retenção, é vedado “alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto” na mesma Lei. Tendo o §5º do art. 33 da Lei 8.212/91 criado uma presunção com relação a qual é vedado fazer prova em contrário, concluímos tratar-se de presunção absoluta. Resulta dizer que, constatando a ocorrência de uma situação na qual a empresa estava obrigada a fazer a retenção, o fisco irá presumir que esta foi feita pelo responsável e dele irá exigir o correspondente crédito tributário, pois a lei prescreveu que o responsável por substituição fica “diretamente responsável”.

No caso de retenção de contribuição de empregado ou contribuinte individual basta que o interessado demonstre que possuía vínculo empregatício no período ou que prestou serviço sem vínculo para que seja presumida a retenção. Se a empresa deixou de efetuar o recolhimento, isso em nada afeta o direito do empregado ou contribuinte individual, pois a lei atribuiu a responsabilidade exclusiva ao substituto tributário, afastando o contribuinte da obrigação de reter e recolher o tributo. Nesses casos cabe ao fisco fiscalizar a empresa e exigir dela o tributo retido e não recolhido, mas deve, na relação jurídica com o empregado ou o contribuinte individual, considerar, por conta de presunção absoluta, que o valor foi recolhido.

Temos uma situação no IRPF que é, de certa forma, similar. Apesar de a legislação do IRPF não prever a figura da presunção absoluta de retenção, existe Parecer Normativo que determina que se o contribuinte provar que sofreu a retenção, ele poderá compensar o valor retido em sua declaração de ajuste anual.

Vejamos o Parecer Normativo 01/2002:

PARECER NORMATIVO Nº 1, DE 24 DE SETEMBRO DE 2002

Imposto retido e não recolhido

17. Ocorrendo a retenção do imposto sem o recolhimento aos cofres públicos, a fonte pagadora, responsável pelo imposto, enquadra-se no crime de apropriação indébita previsto no art. 11 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, e caracteriza-se como depositária infiel de valor pertencente à Fazenda Pública, conforme a Lei nº 8.866, de 11 de abril de 1994. Ressalte-se que a obrigação do contribuinte de oferecer o rendimento à

tributação permanece, podendo, nesse caso, compensar o imposto retido.

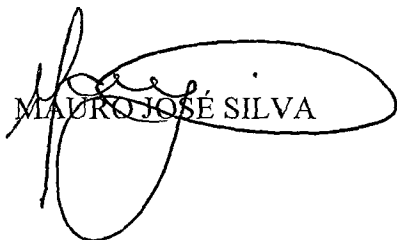
Como se vê, mesmo numa situação sem o amparo de presunção absoluta de retenção, o fisco reconhece que se o contribuinte provar que sofreu a retenção, tem o direito de compensar o tributo na sua declaração de ajuste anual, podendo, inclusive, resultar em restituição a seu favor. Com muito mais razão, diante da existência de presunção absoluta de retenção, adotamos posição similar no caso das contribuições previdenciárias.

Assim sendo, entendo que cabe ao interessado apenas demonstrar que sofreu retenção em valor que supera o teto de contribuição para que faça jus ao direito creditório. Evidentemente que se o próprio interessado possuir obrigações acessórias pendentes, isso poderá motivar o indeferimento da restituição, mas a falta de cumprimento das obrigações da contratante não pode ensejar a recusa do fisco em reconhecer o direito do empregado ou contribuinte individual que para ela prestou serviço.

No caso dos autos, os documentos acostados demonstram que o recorrente sofreu a retenção quando trabalhava para a Prefeitura de Tubarão, sendo que também sofreu retenção pelo teto pela Unisul. Logo, o recorrente tem direito à restituição do que lhe foi retido indevidamente na sua relação com a Prefeitura de Tubarão.

Por todo o exposto, voto no sentido de **CONHECER** e **DAR PROVIMENTO** ao **RECURSO VOLUNTÁRIO** para deferir a restituição do período não atingido pela decadência, conforme consta do documento de fls. 12/13 assinalado com “XX”, em adição ao já decidido pela DRFB-Florianópolis/SC.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2010


MAURO JOSÉ SILVA