



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

Processo nº 35404.000373/2006-16
Recurso nº 257.763
Resolução nº **2302-000.081 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 11 de fevereiro de 2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente NIVALDO EVANGELISTTA DE SOUZA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por voto de qualidade, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Conselheiro Marco André Ramos Vieira.

Marco André Ramos Vieira - Presidente.

Arlindo da Costa e Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco André Ramos Vieira (Presidente de Turma), Manoel Coelho Arruda Junior (Vice Presidente de Turma), Liège Lacroix Thomasi, Adriana Sato, Arlindo da Costa e Silva e Thiago d'Avila Melo Fernandes.

Trata-se de pedido de restituição de contribuições previdenciárias formulado pelo Recorrente em epígrafe, relativa ao período de 01/2001 a 09/2004, ocasião em que exerceu o cargo eletivo de vereador na Câmara Municipal de MARINÓPOLIS (SP), contribuições essas declaradas inconstitucionais por decisão do Supremo Tribunal Federal, ratificada pela Resolução nº 26, do Senado Federal, datada de 26/06/2005.

Na instrução do processo, foram apresentados o Requerimento específico para Agente Político, Cópias dos documentos de identidade devidamente autenticados, recibos de pagamento da remuneração das competências pleiteadas, Cópia autenticada do Ato de Diplomação no cargo, Declaração do Ente federativo de que descontou, recolheu/parcelou, e não devolveu ou compensou o valor objeto do pedido, declaração do próprio exercente de que não optou por filiar-se na condição de segurado facultativo do Regime Geral de Previdência Social, além do Discriminativo de Remunerações e dos Valores Recolhidos.

O requerimento foi deferido parcialmente, sob o fundamento de que parte do período, correspondendo às competências janeiro a julho/2001, já teria sido alcançado pela prescrição. Foi indeferida, igualmente, a restituição das contribuições relativas às competências 08 a 12/2001, 01/2002 a 12/2002 e 01/2003 a 05/2003, ao fundamento de falta de comprovação de recolhimento ou parcelamento dos valores retidos por parte do ente federativo, conforme Parecer SAORT a fls. 60/64, ratificado e aprovado pela Decisão Administrativa a fl. 65.

Inconformado, o Recorrente interpôs recurso administrativo, a fl. 68, contestando o indeferimento das competências dadas como não recolhidas do período de 08/2001 a 12/2001, 01/2002 a 12/2002 e 01/2003 a 05/2003, concentrando sua inconformidade nas seguintes argumentações:

1º) Houve cumprimento da Instrução Normativa MPS/SPP nº15/2006, protocolada na Agência do INSS — Jales-SP;

2º) Que por imposição da Agência Jales do INSS, as GFIP da Câmara Municipal eram entregues naquela Agência, através de encaminhamento oficial da Prefeitura, nas quais, na Relação dos Trabalhadores do arquivo SEFIP, consta o nome do Recorrente, o que comprovaria os recolhimentos;

3º) Que os valores das GFIP eram cobrados nas quotas do F.P.M. da Prefeitura Municipal, todo o dia 10 do mês subsequente à competência enviada, inexistindo qualquer possibilidade de não ter havido os recolhimentos dos valores informados nas GFIP, o que poderia ser confirmado pela Certidão fornecida pela Prefeitura Municipal, certificando que os recolhimentos dos valores das GFIP do período agosto 2001 a maio de 2003 eram debitados nas quotas do F.P.M., todo dia 10 de cada mês, e, que a Prefeitura não tem dívida alguma com o INSS.

Não foram apresentadas contrarrazões pelo órgão fazendário.

Relatados sumariamente os fatos relevantes.

Conselheiro Arlindo da Costa e Silva, Relator.

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O sujeito passivo foi válida e eficazmente cientificado da decisão recorrida em 30/04/2008, quarta-feira, iniciando-se pois o decurso do prazo recursal na sexta-feira seguinte, diga-se, 02/05/2008. Havendo sido o recurso voluntário protocolado no dia 16/05/2008, conforme revela documento a fl. 67, há que se reconhecer a tempestividade do recurso interposto.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade do recurso. Dele conheço.

Ante a inexistência de questões preliminares, passamos à análise do mérito.

2. DO MÉRITO.

2.1. DA PRESCRIÇÃO.

Malgrado não haja sido suscitada pelo Recorrente, a condição intrínseca de matéria de ordem pública nos autoriza a examinar, *ex officio*, a questão relativa à fluência do prazo prescricional do direito do contribuinte de requerer a restituição de contribuições previdenciárias indevidamente recolhidas.

Com efeito, a Resolução nº 26/2005 do Senado Federal suspendeu a execução da alínea "h" do inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212/1991, acrescentada pelo §1º do art. 13 da Lei nº 9.506/1997, em virtude de declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão definitiva nos autos do Recurso Extraordinário nº 351.717-1/PR.

RESOLUÇÃO SENADO FEDERAL nº 26, de 21 de junho de 2005

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da alínea "h" do inciso I do art. 12 da Lei Federal nº 8.212, de 24 de julho de 1991, acrescentada pelo §1º do art. 13 da Lei Federal nº 9.506, de 30 de outubro de 1997, em virtude de declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 351.717-1 - Paraná.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

De acordo com o previsto no §2º do art. 1º do referido Decreto, os efeitos da suspensão da execução pelo Senado Federal seriam retroativos à data de entrada em vigor da norma declarada inconstitucional.

Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997.

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão

ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

*§1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, **produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional**, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial. (grifos nossos)*

§2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

O Secretário da Receita Federal do Brasil publicou o Ato Declaratório Executivo RFB nº 60, de 17 de outubro de 2005, dispondo em seu Art. 1º que “*A suspensão, pela Resolução nº 26 do Senado Federal, da execução da alínea "h" do inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212, de 1991, acrescentada pelo §1º do art. 13 da Lei nº 9.506, de 1997, produz efeitos ex tunc, ou seja, desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional*”.

Nesse contexto, até o dia 18 de setembro de 2004, os exercentes de mandato eletivo não poderiam ser considerados segurados obrigatórios do RGPS, por falta de previsão legal. Somente a contar da data de vigência da Lei nº 10.887/2004, diga-se, 19 de setembro de 2004, é que o exercente de mandato eletivo não vinculado a Regime Próprio de Previdência Social passou a ser caracterizado como segurado obrigatório do RGPS, na qualidade de segurado empregado.

Ocorre que a norma disposta no §2º do art. 1º do Decreto nº 2.346/1997, aplicável nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal, na via incidental, declara inconstitucional lei ou ato normativo, deixa dúvidas quanto o estabelecimento do termo inicial do prazo prescricional para o exercício do direito de repetição de indébito, uma vez que a suspensão da norma pelo Senado Federal não opera efeitos *ex tunc*, como no hipótese descrita no §1º do mesmo dispositivo legal, mas sim, efeitos *ex nunc*, de forma que não faz sentido, nestes caso, a decisão retroagir à data de entrada da norma declarada inconstitucional.

O Código Tributário Nacional, por seu turno, estatui em seu art. 168, II que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 anos, contados 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.

Código Tributário Nacional - 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;

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.

Deflui de uma interpretação teleológica da norma estampada no inciso II do art. 168 acima transcrito que, na hipótese tratada nos autos, o termo *a quo* para a contagem do prazo tem início com a publicação da Resolução nº 26/2005 do Senado Federal, uma vez que somente a contar de então, os contribuintes estranhos ao Recurso Extraordinário nº 351.717-1, passaram a usufruir dos efeitos dimanados da decisão do STF, graças aos efeitos *erga omnes* em que se opera a Resolução do Senado Federal.

Cumpra registrar que a própria Previdência Social já adotou esse entendimento anteriormente no precedente de inconstitucionalidade das contribuições instituídas por meio da Lei nº 7.789, conforme se depreende do teor da norma inscrita no art. 228 da Instrução Normativa INSS/DC nº 100/2003, em excerto rememorado a seguir para a melhor compreensão de seus fundamentos.

Instrução Normativa INSS/DC nº 100/2003

Art. 228. O prazo final para apresentação de pedido de restituição ou de início da efetivação da compensação de contribuições sociais previdenciárias relativas a remuneração paga a autônomos, empresários e avulsos, foi estabelecido de acordo com os seguintes critérios:

I - os recolhimentos efetuados com base no inciso I do art. 3º da Lei nº 7.787, de 30 de junho de 1989, relativos ao período de setembro de 1989 a outubro de 1991, tiveram por início do prazo prescricional o dia 28 de abril de 1995 (data da publicação da Resolução nº 14 do Senado Federal) e, por término, o dia 28 de abril de 2000;

II - os recolhimentos efetuados com base no inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, relativos ao período de novembro de 1991 a abril de 1996, anterior à vigência da Lei Complementar nº 84, de 18 de janeiro de 1996, tiveram por início do prazo prescricional o dia 1º de dezembro de 1995 (data da republicação da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN nº 1.102/DF) e, por término, o dia 1º de dezembro de 2000.

Nessa mesma rota navega a jurisprudência assentada nos Tribunais Superiores, conforme se depreende do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 506.127 PR (2003/0036004-3), de relatoria do Ministro Luiz Fux, publicada no DJ em 1º de março de 2004, cuja ementa encontra-se assim redigida:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A REMUNERAÇÃO PAGA A AVULSOS, AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES. ART. 3º, I, DA LEI 7.787/89 E ART. 22, I, DA LEI 8.212/91. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL.

1. O sistema de controle de constitucionalidade das leis adotado no Brasil implica assentar que apenas as decisões proferidas pelo STF no controle concentrado têm efeitos erga omnes. Conseqüentemente, a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso tem eficácia inter partes. Forçoso, assim, concluir que o reconhecimento da

inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo pelo STF só pode ser considerado como termo inicial para a prescrição da ação de repetição do indébito quando efetuado no controle concentrado de constitucionalidade, ou, tratando-se de controle difuso, somente na hipótese de edição de resolução do Senado Federal, conferindo efeitos erga omnes àquela declaração (CF, art. 52, X). 2. Ressalva do ponto de vista do Relator, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade somente tem o condão de iniciar o prazo prescricional quando, pelas regras gerais do CTN, a prescrição ainda não se tenha consumado. Considerando a tese sustentada de que a ação direta de inconstitucionalidade é imprescritível, e em face da discricionariedade do Senado Federal em editar a resolução prevista no art. 52, X, da Carta Magna, as ações de repetição do indébito tributário ficariam sujeitas à reabertura do prazo prescricional por tempo indefinido, violando o primado da segurança jurídica, e a fortiori, todos os direitos seriam imprescritíveis, como bem assentado em sede doutrinária: "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. (...) 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, disseminar-se-ia 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 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." (Eurico Marcos Diniz de Santi. Decadência e Prescrição no Direito Tributário. São Paulo, Editora Max Limonad, 2000, p. 271/277) 3. Submissão ao entendimento predominante da Primeira Seção, no julgamento do ERESP nº 423.994/MG, com a ressalva do relator de que essa tese não pode reabrir prazos prescricionais superados à luz do CTN. Destarte,

*naquele julgamento restaram assentados os seguintes termos iniciais da ação de repetição: a) quando no controle concentrado houver declaração de inconstitucionalidade, inicia-se a prescrição quinquenal da ação, do trânsito em julgado da declaração pelo STF; b) quando o controle for difuso, o termo inicial é a data da publicação da resolução do Senado Federal (art. 52, X, da CF); c) inocorrendo declaração de inconstitucionalidade, prevalece a tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), vale dizer, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional é de 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, computados desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o quantum devido a título do tributo. 4. A declaração da inconstitucionalidade da expressão "avulsos, autônomos e administradores", contida no inciso I do art. 3 da Lei 7.787/89, se deu no julgamento do Recurso Extraordinário 177.296-4/RJ (controle difuso), publicada no DJ de 09/12/1994. **Entretanto, a Resolução nº 14 do Senado Federal, consecutória ao referido julgamento, e que suspendeu a execução dos referidos Decretos-leis, foi publicada no Diário Oficial da União apenas em 28/04/1995, pelo que este é o termo inicial da prescrição da ação de repetição do indébito, perfazendo o lapso de 5 (cinco) anos para efetivar-se a prescrição, em 28/04/2000.** 5. Por outro lado, a declaração de inconstitucionalidade da expressão "avulsos, autônomos e administradores" contida no inciso I do art. 3º da Lei 8.212/91, se deu no julgamento da ADIN 1.102/DF, cujo acórdão foi publicado no DJ de 17/11/1995, tendo transitado em julgado em 13/12/1995, perfazendo o lapso de 5 (cinco) anos para efetivar-se a prescrição, em 13/12/2000. 6. Agravo regimental provido, para dar parcial provimento ao recurso especial do INSS, reconhecendo prescrita a pretensão de repetição dos valores recolhidos a título de contribuição previdenciária sobre a remuneração paga a autônomos, avulsos e administradores sob a vigência da Lei 7.787/89.*

Moldado nesse matiz o quadro Jurídico aplicável à espécie, avulta como certo que, somente a contar da publicação da Resolução do Senado Federal nº 26/2005, o sujeito passivo passou a ter a seu dispor o Direito de Ação para pleitear a restituição dos valores indevidamente recolhidos à Seguridade Social.

Nesse contexto, o termo inicial do prazo prescricional ora debatido assenta-se então em 22 de junho de 2005, encerrando-se destarte em 21 de junho de 2010. Havendo o pedido de restituição sido protocolado em 28 de novembro de 2006, tal direito do Recorrente não pode ser tido como prescrito, em nenhuma das competências abrangidas pelo requerimento de restituição.

2.2. DA ALEGADA FALTA DE RECOLHIMENTO.

A Decisão Administrativa a fl. 65 pautou pelo indeferimento da restituição das contribuições relativas às competências 08 a 12/2001, 01/2002 a 12/2002 e 01/2003 a 05/2003, ao fundamento de falta de comprovação de recolhimento ou parcelamento dos valores retidos

por parte do ente federativo. Louvou-se a decisão em Parecer da Seção de Análise e Orientação Tributária - SAORT nº 10820/250/2008, a fls. 60/64, ratificado e aprovado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Araçatuba.

A Decisão Administrativa acima referida não encontra amparo jurídico no ordenamento pátrio e deve ser reformada.

Em primeiro lugar, cabe iluminar a relevância do caso concreto para a interpretação das normas jurídicas incidentes à espécie discutida nos autos.

Como fundamento do pleito pretendido, o Recorrente concentra a causa de pedir na titularidade de direito de crédito em face da Fazenda Pública decorrente do recolhimento indevido de contribuições previdenciárias, cuja cobrança foi declarada inconstitucional por obra do Supremo Tribunal Federal.

Fincamos os alicerces sobre os quais será edificada a *opinio juris* que ora se esculptura, nos dispositivos concretados nas alíneas 'a' e 'b' do inciso I do art. 30 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, em excerto reproduzido adiante para a melhor compreensão de seus fundamentos.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620/93)

I - a empresa é obrigada a:

a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração; (grifos nossos)

b) recolher o produto arrecadado na forma da alínea anterior, a contribuição a que se refere o inciso IV do art. 22, assim como as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço, até o dia dois do mês seguinte ao da competência; (Redação dada pela Lei nº 9.876/99). (grifos nossos)

Deflui dos preceptivos encapsulados nas normas acima selecionadas que, embora o contribuinte de Direito e de fato seja o trabalhador, *in casu*, o Recorrente, a responsabilidade legal pela arrecadação e recolhimento aos cofres públicos das contribuições previdenciárias a seu encargo repousa, for força cogente de Lei, sobre a empresa contratante, na hipótese dos autos, o Município de Marinópolis, Estado de São Paulo.

Trata-se de hipótese de substituição tributária legalmente prevista na lei de regência do tributo em constituição.

A Constituição Federal, no capítulo reservado ao Sistema Tributário Nacional, fixou a competência da lei complementar para o estabelecimento de **normas gerais** em matéria

de legislação tributária, especialmente, dentre outros, sobre fatos geradores, obrigação e crédito tributários, e contribuintes, a teor do art. 146, III da CF/88, *in verbis*:

Constituição Federal de 1988

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Bailando em sintonia com os tons alvissareiros orquestrados pelo Constituinte Originário, sob a batuta do seu regente Ulisses Guimarães, o art. 121 do CTN, em performance *pa de deux* normativa harmônica com o regramento acima ponteadado, ao escolher os atores da obrigação tributária principal, reservou o papel do sujeito passivo à figura do contribuinte ou, a critério da lei, do responsável tributário.

Código Tributário Nacional

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

A coreografia assim pontilhada, quando executada no papel passivo pelo responsável tributário, é conhecida nos palcos jurídicos como *substituição tributária* e, nessas apresentações, todos os movimentos que nas formas originárias seriam praticados pelo contribuinte, passam então a ser desempenhados pelo novo personagem, que assume toda a responsabilidade pelo recolhimento do tributo associado.

É o que ocorre na hipótese vertida nas alíneas ‘a’ e ‘b’ do inciso I do art. 30, da Lei nº 8.212/91, na redação conferida pela Lei nº 8.620/93, que atribui à empresa a responsabilidade pelo desconto das contribuições sociais a cargo dos segurados empregados, das respectivas remunerações, e pelo subsequente recolhimento do valor assim arrecadado aos cofres da Autarquia Previdenciária Nacional.

Anote-se que o papel de “contribuinte” continua a ser representado pelo personagem que ostenta relação pessoal e direta com o fato gerador, diga-se no caso, o Recorrente. Ao responsável tributário, nesta hipótese, o Município de Marinópolis, são designadas apenas as atuações pautadas na arrecadação e no respectivo recolhimento, nada

mais. Dessarte, concluída a contento a execução do seu papel, o responsável tributário sai de cena, restando-lhe, todavia, a incumbência de manter resguardados, em seu camarim, os documentos comprobatórios da higidez dos passos a seu encargo, enquanto não se operar a decadência das obrigações correspondentes.

Cumprе anotar, dada a sua relevância, que milita em favor do segurado, e, ao revés, em desfavor da empresa, a presunção absoluta de que o desconto das contribuições sociais em apreço sempre houve por realizado, não sendo lícito ao responsável tributário alegar qualquer omissão para se eximir do recolhimento, ficando ele diretamente responsável pela importância que deixou de descontar ou arrecadou em desacordo com as disposições legais.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas ‘d’ e ‘e’ do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente. (Redação dada pela Lei nº 10.256/2001).

(...)

§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. (grifos nossos)

Em razão da presunção *juris et de jure* da ocorrência de desconto das contribuições previdenciárias a seu cargo, de sua respectiva remuneração, decorre, por ilação lógica, estar o segurado em realce quite com o Sujeito Ativo da exação em destaque, nada mais podendo lhe ser cobrado a esse título, nem sequer lhe ser negado qualquer direito referente a benefícios previdenciários vinculados às contribuições em foco.

Consoante dessai dos negritos destacados no §5º, *in fine*, do art. 33 da Lei de Custeio da Seguridade Social, recai sobre a empresa obrigada a efetuar o desconto em tela a responsabilidade direta pelo recolhimento das contribuições que deixou de descontar ou que arrecadou em desacordo com a Lei, aliviando os ombros dos segurados do RGPS do peso de qualquer encargo sob esse rótulo.

Se inadimplência houve na hipótese dos autos, esta ocorreu por parte do Município em apreço, não podendo ser penalizado o segurado por tal desleixo, eis que suportou em sua remuneração mensal, nos termos da lei, o desfalque correspondente às contribuições sociais a seu cargo.

Na esteira probatória, vindo de outra pipa porém, o sistema jurídico brasileiro adotou como regra geral o dogma que incumbe à parte que alegar a existência de algum fato ensejador de um direito o ônus de demonstrar sua existência. O *onus probandi*, é, pois, o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a veracidade dos fatos alegados. Dessarte, a parte cujo ônus da prova lhe foi imputado sofrerá os efeitos negativos do seu não agir, caso as provas necessárias ao seu ganho de causa não estiverem presentes nos autos.

Nesse esteira, a juntada aos autos de conjunto probatório robusto que dê esteio ao direito alegado transfere à parte adversa o encargo jurídico de produzir os meios de prova que representem fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Tal compreensão caminha em harmonia com as disposições expressas no art. 333 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Código de Processo Civil

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Segundo Carnelutti (in Sistemas de Direito Processual Civil, Lemos Cruz, São Paulo, 1ª Ed., 2004, p. 133) “O ônus de provar recai sobre quem tem o interesse em afirmar. Assim, não importa a posição que o indivíduo ocupe na relação processual, pois, quando fizer uma afirmação da qual decorra seu próprio direito, em razão do fato ocorrido, terá de provar sua veracidade”. Daí, a regra adotada pelo Direito Brasileiro: ao autor, caberá o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto que, à parte adversa, restará a comprovação da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele.

Na hipótese vertida nos autos, o Recorrente protocolou requerimento formulando pedido de restituição de contribuições previdenciárias relativa ao período de 01/2001 a 09/2004, ocasião em que exerceu o cargo eletivo de vereador na Câmara Municipal de MARINÓPOLIS (SP), contribuições essas declaradas inconstitucionais por decisão do Supremo Tribunal Federal, ratificada pela Resolução nº 26, do Senado Federal, datada de 26/06/2005. Fez ainda coligar ao processo vasto conjunto probatório de seu direito.

O Pedido foi parcialmente indeferido, em relação às contribuições relativas às competências 08 a 12/2001, 01/2002 a 12/2002 e 01/2003 a 05/2003, ao fundamento de falta de comprovação de recolhimento ou parcelamento dos valores retidos por parte do ente federativo.

Retorna à carga o Recorrente, promovendo a juntada de documentos, a fls. 70/136, que demonstram, em todo o período em debate, haverem sido declarados, seu nome e remuneração, nas GFIP entregues pelo Município em apreço, diga-se, o responsável tributário pelo recolhimento das contribuições previdenciárias a cargo do ex vereador, descontadas, nos termos da lei, de sua remuneração.

Além disso, a Consulta de Remunerações ao Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, cópias a fls. 41/44, revela constar como declarados ao Fisco, mediante GFIP, no período *sub oculi*, o nome do Recorrente e as respectivas remunerações.

Considerando ter a declaração consubstanciada na GFIP natureza jurídica de Declaração de Dívida e ter, nos termos da lei, o condão de constituir o crédito tributário nela declarado, competiria ao fisco, constatada a inadimplência do declarante, promover a cobrança judicial do crédito assim constituído, mediante o ajuizamento da correspondente Ação de Execução Fiscal.

Ademais, o Recorrente trouxe aos autos Certidão, a fl. 70, fornecida pela Prefeitura Municipal, certificando que os recolhimentos dos valores das GFIP do período agosto 2001 a maio de 2003 eram debitados nas quotas do F.P.M. todo dia 10 de cada mês, por imposição da própria Agência de Arrecadação do INSS de Jales/SP, o que implica a quitação das contribuições descontadas do Recorrente, no período assinalado, eis que seu nome e remuneração mensal integravam as declarações acima aludidas.

Nesse contexto, ante a carência de elementos representativos de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Recorrente, urge ser reformada *in totum* a Decisão Administrativa, a fl. 65, promanada da Seção de Análise e Orientação Tributária da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Araçatuba/SP.

É como voto.

Arlindo da Costa e Silva

VOTO DIVERGENTE

Peço vênia para discordar do entendimento proferido pela Conselheiro Relator. Entendo que antes de ser analisado o mérito do pedido, há necessidade de conversão do julgamento em diligência. A Receita Previdenciária afirmou expressamente na decisão a quo que não houve o recolhimento dos valores. Em recurso, o contribuinte alega que houve o parcelamento dos valores, bem como que os valores descontados constam em GFIP. Entretanto, a Receita Federal não se pronunciou acerca da documentação juntada pelo recorrente.

É bem verdade que para os segurados que sofrem o desconto na fonte, a ausência de recolhimento pelo substituto tributário não impede a restituição na hipótese de indébito. A relação jurídica entre o segurado e a União surge com o fato gerador, esgotando-se com o efetivo desconto na fonte pelo responsável tributário. Prova disso é que na hipótese de ausência de recolhimento pelo responsável não haverá impedimento de direito a benefício previdenciário pelo segurado. Com o fato gerador das contribuições há o surgimento de relação entre a fonte pagadora (responsável) e a União, devendo a primeira recolher o produto da

Processo nº 35404.000373/2006-16
Resolução nº **2302-000.081**

S2-C3T2
Fl. 157

arrecadação. Caso não haja o recolhimento, a fiscalização cobrará o tributo devido da responsável tributária.

In casu, não houve o recolhimento pelo ente municipal segundo a fiscalização; contudo há que ser analisado pelo Fisco se efetivamente houve o desconto no período pleiteado e se a documentação apresentada pelo requerente é idônea.

Assim, entendo prudente a realização de diligência para que a Receita Federal adote as providências apontadas.

Do resultado da diligência, antes de os autos retornarem a este Colegiado deve ser aberta vistas ao recorrente, para que desejando possa se manifestar no prazo normativo.

É como voto.

Marco André Ramos Vieira