ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10875.908194/2009-02

CÓPIA

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

Processo nº	10875.908194/2009-02
Recurso nº	4 Voluntário
Acórdão nº	**3403-002.159 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de	21 de maio de 2013
Matéria	COFINS - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - PAGAMENTO A MAIOR OU INDEVIDO - DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO
Recorrente	LABORATÓRIOS PFIZER LTDA.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/2002 a 28/02/2002

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ALEGAÇÕES E PROVAS APRESENTADAS SOMENTE NO RECURSO. PRECLUSÃO.

Consideram-se precluídos, não se tomando conhecimento, os argumentos e provas não submetidos ao julgamento de primeira instância, apresentados somente na fase recursal.

FALTA DE APRESENTAÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL. PRINCÍPIO PROCESSUAL DA VERDADE MATERIAL.

A busca da verdade real não se presta a suprir a inércia do contribuinte que tenha deixado de apresentar as provas dos créditos alegados, de acordo com o sistema de distribuição da carga probatória adotado.

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA A AÇÃO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado. A realização de diligência não se presta para a produção de provas que toca à parte produzir.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/2002 a 28/02/2002

COMPENSAÇÃO. REQUISITOS.

É vedada a compensação de débitos com créditos desvestidos dos atributos de liquidez e certeza.

Recurso Voluntário Negado

Direito Creditório Não Reconhecido

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 25/05/2013 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN
Impresso em 04/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Raquel Motta Brandão Minatel e Ivan Allegretti, que converteriam o julgamento do recurso em diligência para apuração do crédito do contribuinte.

(assinado digitalmente)
Antônio Carlos Atulim - Presidente

(assinado digitalmente)
Alexandre Kern - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Antônio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Domingos de Sá Filho, Raquel Motta Brandão Minatel e Ivan Allegretti.

CÓPIA

Relatório

LABORATÓRIOS PFIZER LTDA. transmitiu, em 02/02/2007, a Declaração de Compensação - DComp nº 11568.17711.020207.1.3.04-0795, visando à extinção de débito de Cofins pela via de sua compensação com crédito de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, por pagamento indevido ou maior do que o devido, referente ao período de apuração de 01/02/2002 a 28/02/2002, no valor de R$ 30.392,32. O Despacho Decisório Eletrônico nº 848680600 não homologou a compensação porque o pagamento indigitado como fonte do direito creditório foi integralmente utilizado para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP.

Em reclamação, instruída com cópias do recibo de entrega e das páginas 01 a 05 do PER/DCOMP; da DCTF do período de interesse; da DIPJ 2002 Ficha 19B e do DARF representativo do recolhimento indevido, o interessado reafirma seu direito ao crédito e à compensação e pugna pela realização de diligência tendente a comprovar o direito creditório alegado. Todavia, a Manifestação de Inconformidade foi julgada improcedente pela 8ª Turma da DRJ/CPS. O Acórdão nº 05-036.149, de 7 de dezembro de 2011, fls. 62 a 67

> *ASSUNTO: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins*
>
> *Período de apuração: 01/02/2002 a 28/02/2002*
>
> *DCOMP. CRÉDITO INTEGRALMENTE ALOCADO. PROVA.*
>
> *Correto o despacho decisório que não homologou a compensação declarada pelo contribuinte por inexistência de direito creditório, quando o recolhimento alegado como origem do crédito estiver integralmente alocado na quitação de débitos confessados. O reconhecimento do direito creditório aproveitado em DCOMP não homologada requer a prova de sua existência e montante. Faltando ao conjunto probatório carreado aos autos elementos que permitam a verificação da existência de pagamento indevido ou a maior frente à legislação tributária, o direito creditório não pode ser admitido.*
>
> *Manifestação de Inconformidade Improcedente*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 25/05/2013 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN
Impresso em 04/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Direito Creditório Não Reconhecido

Cuida-se agora de recurso voluntário contra a decisão da 8ª Turma da DRJ/CPS. O arrazoado de fls. 72 a 79, após síntese dos fatos relacionados com a lide, retoma o pedido de diligência para comprovação de seu direito creditório, em respeito aos princípios processuais que cita. Instrui sua peça recursal com planilhas demonstrativas da apuração do tributo no respectivo período de apuração e diferença apurada, objeto da compensação. Reafirma seu direito à compensação, nos termos dos arts. 73 e 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Conclui, requerendo o conhecimento de seu recurso e o acolhimento de suas razões preliminares para, na hipótese deste Conselho entender que as informações fornecidas nos demonstrativos apensados ao recurso não sejam suficientes para o reconhecimento do pleito da Recorrente, determinar o retorno dos autos a Delegacia da Receita Federal do Brasil, da jurisdição da Recorrente, a fim de se realizar diligência em sua escrita fiscal e contábil, determinando, ao final, o efetivo valor do tributo devido no período de apuração aqui em deslinde, assim como o montante efetivo recolhido a maior, cancelando-se as cobranças vinculadas.

O processo administrativo correspondente foi materializado na forma eletrônica, razão pela qual todas as referências a folhas dos autos pautar-se-ão na numeração estabelecida no processo eletrônico.

É o Relatório.

Voto

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. 72 a 79 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ/CPS-8ª Turma nº 05-036.149, de 7 de dezembro de 2011.

Provas apresentadas somente na fase recursal

No recurso voluntário, o interessado inova as explicações sobre a origem do direito creditório e aporta aos autos planilhas que, aparentemente, deduzem das bases declaradas os valores das receitas financeiras. Percebe-se que se trata, não de erro material, como fez-se supor na Manifestação de Inconformidade, mas de verdadeira nova apuração da contribuição.

A possibilidade de conhecimento e apreciação dessas novas alegações e desses novos documentos não oferecidos à instância *a quo,* deve ser avaliada à luz dos princípios que regem o Processo Administrativo Fiscal. O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 – PAF, *verbis*:

> *Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.*
>
> *Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 25/05/2013 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN
Impresso em 04/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

[...]

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

[...]

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, ***precluindo*** *o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:*

fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997):

refira-se a fato ou a direito superveniente;(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997);

destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

[...]

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997).'

De acordo com as normas processuais, com aplicação analógica determinada pelo § 4º do art. 66 da Instrução Normativa RFB nº 900, de 30 de dezembro de 2008, é no momento processual da reclamação que a lide é demarcada e o processo administrativo propriamente dito tem início, com a instauração do litígio, não se permitindo, a partir daí, a abertura de novas teses de defesa ou a apresentação de novas provas, a não ser nas situações legalmente excepcionadas. A este respeito, Marcos Vinícius Neder de Lima e Maria Tereza Martínez López[1] asseveram que "*a inicial e a impugnação fixam os limites da controvérsia, integrando o objeto da defesa as afirmações contidas na petição inicial e na documentação que a acompanha*".

Antônio da Silva Cabral, no seu livro "Processo Administrativo Fiscal" (Ed. Saraiva: São Paulo, 1993, p. 172), assim se manifestou sobre o assunto:

'O termo latino é muito feliz para indicar que a preclusão significa impossibilidade de se realizar um direito, quer porque a porta do tempo está fechada, quer porque o recinto onde esse direito poderia exercer-se também está fechado. O titular do direito acha-se impedido de exercer o seu direito, assim como alguém está impedido de entrar num recinto porque a porta está fechada.'

[1] *Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 67.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 25/05/2013 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN
Impresso em 04/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Na página seguinte, o mesmo autor, reportando-se aos órgãos julgadores de segunda instância, completa:

> *'Se o tribunal acolher tal espécie de recurso estará, na realidade, omitindo uma instância, já que o julgador singular não apreciou a parte que só é contestada na fase recursal.'*

Cintra, Grinover e Dinamarco, no livro Teoria Geral do Processo, assim se posicionam sobre a preclusão:

> *'o instituto da preclusão liga-se ao princípio do impulso processual. Objetivamente entendida, a preclusão consiste em um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para as fases anteriores do procedimento. Subjetivamente, a preclusão representa a perda de uma faculdade ou de um poder ou direito processual; as causas dessa perda correspondem às diversas espécies de preclusão[..]'*

Ensinam, também, estes doutrinadores que:

> *'A preclusão não é sanção. Não provém de ilícito, mas de incompatibilidade do poder, faculdade ou direito com o desenvolvimento do processo, ou da consumação de um interesse. Seus efeitos confinam-se à relação processual e exaurem-se no processo.'*

As alegações de defesa são faculdades do demandado, mas constituem-se em verdadeiro ônus processual, porquanto, embora o ato seja instituído em seu favor, não sendo praticado no tempo certo, surgem para a parte conseqüências gravosas, dentre elas a perda do direito de fazê-lo posteriormente, pois opera-se, nesta hipótese, o fenômeno da preclusão, isto porque o processo é um caminhar para a frente, não se admitindo, em regra, ressuscitar questões já ultrapassadas em fases anteriores.

De acordo com o § 4º do art. 16 do PAF, supratranscrito, só é lícito deduzir novas alegações em supressão de instância quando: 1) relativas a direito superveniente; 2) competir ao julgador delas conhecer de ofício, a exemplo da decadência; ou 3) por expressa autorização legal.

O § 5º do mesmo dispositivo legal exige que a juntada dos documentos deve ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. O recorrente todavia não comprovou a ocorrência de qualquer das hipóteses das alíneas "a" a "c" do § 4º do art. 16 do PAF, que justifique a apresentação tardia de documentos.

A propósito dos documentos que instruem a peça recursal, deve-se sublinhar que os mesmos ainda não seriam suficientes para atestar liminarmente a liquidez e a certeza do crédito oposto na(s) compensação(ões) declaradas, principalmente porque encontram-se desamparados da escrituração contábil-fiscal, e demandariam a reabertura da dilação probatória, o que, de regra, como já visto, não se admite na fase recursal do processo.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 25/05/2013 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN
Impresso em 04/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Ônus da prova nos processos de repetição de indébito cumulado com compensação

Matéria de extremada importância em sede processual é a referente à repartição do ônus da prova nas questões litigiosas. Com efeito, da delimitação do *onus probandi* depende a definição de grande parte das responsabilidades processuais. Assim é nas relações de direito privado e, igualmente, nas relações de direito público, dentre as quais as relacionadas à imposição tributária.

Neste campo, a legislação processual administrativo-tributária inclui disposições que, em regra, reproduzem aquele que é, por assim dizer, o principio fundamental do direito probatório, qual seja o de que quem acusa e/ou alega deve provar. Assim é que, nos casos de lançamentos de oficio, não basta a afirmação, por parte da autoridade fiscal, de que ocorreu o ilícito tributário; pelo contrário, é fundamental que a infração seja devidamente comprovada, como se depreende da parte final do caput do artigo 9° do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 - PAF, que determina que os autos de infração e notificações de lançamento "*deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito*". De outro lado, ao contribuinte a legislação impõe o ônus de provar o que alega em face das provas carreadas pela autoridade fiscal, como expresso no inciso III do artigo 16 do mesmo Decreto nº 70.235, de 1972, que determina que a impugnação conterá "*os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir*".

Esse, portanto, o quadro nos lançamentos de oficio: à autoridade fiscal incumbe provar, pelos meios de prova admitidos pelo direito, a ocorrência do ilícito; ao contribuinte, cabe o ônus de provar o teor das alegações que contrapõe às provas ensejadoras do lançamento. Já nos casos de repetição de indébito, como no presente processo, entretanto, o quadro resta um pouco modificado, como a seguir se verá.

Quando a situação posta se refere à restituição, compensação ou ressarcimento de créditos tributários, como no caso que ora se apresenta, é atribuição do contribuinte a demonstração da efetiva existência do indébito. Tanto é assim que a Instrução Normativa SRF nº 900, de 30 de dezembro de 2008, que regia, à época da transmissão do PER/DComp, os processos de restituição, compensação e ressarcimento de créditos tributários, assim expressa em vários de seus dispositivos:

> *Art. 3° A restituição a que se refere o art. 2° poderá ser efetuada:*
>
> *I - a requerimento do sujeito passivo ou da pessoa autorizada a requerer a quantia; ou*
>
> *II - mediante processamento eletrônico da Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF).*
>
> *§ Iº A restituição de que trata o inciso I do caput será requerida pelo sujeito passivo mediante utilização do programa Pedido de Restituição, Ressarcimento ou Reembolso e Declaração de Compensação (PER/DCOMP).*
>
> *§ 2º Na impossibilidade de utilização do programa PER/DCOMP, o requerimento será formalizado por meio do formulário Pedido de Restituição, constante do Anexo I, ou mediante o formulário Pedido de Restituição de Valores Indevidos Relativos a Contribuição Previdenciária, constante cio Anexo II, conforme o caso, aos quais deverão ser anexados documentos comprobatórios do direito creditório.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 25/05/2013 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN
Impresso em 04/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *[..1*
>
> *§ 4° Tratando-se de pedido de restituição formulado por representante do sujeito passivo mediante utilização do programa PER/DCOMP, os documentos a que se refere o § 3° serão apresentados à RFB após intimação da autoridade competente para decidir sobre o pedido.*
>
> *[..1*
>
> *Art. 65. A autoridade da RFB competente para decidir sobre a restituição, o ressarcimento, o reembolso e a compensação poderá condicionar o reconhecimento do direito creditório à apresentação de documentos comprobatórios do referido direito. inclusive arquivos magnéticos, bem como determinar a realização de diligência fiscal nos estabelecimentos do sujeito passivo a fim de que seja verificada. mediante exame de sua escrituração contábil e fiscal, a exatidão das informações prestadas.*

Como se percebe, em qualquer dos tipos de repetição é exigida a apresentação dos documentos comprobatórios da existência do direito creditório como prerrequisito ao conhecimento do pleito. E o que se deve ter por documentos comprobatórios do crédito? Por óbvio que os documentos que atestem, de forma inequívoca, a origem e a natureza do crédito. Sem tal evidenciação, o pedido repetitório fica inarredavelmente prejudicado.

Não é lícito ao julgador, tanto em sede de apreciação de lançamento de ofício, quanto em sede de pleito repetitório, dispensar a autoridade lançadora ou o pleiteante, conforme o caso, do ônus que a lei impõe a cada um deles; tanto quanto não lhe é lícito valer-se das diligências e perícias para, por vias indiretas, suprir o ônus probatório que cabia a cada parte. Diligências existem para resolver dúvidas acerca de questão controversa originada da confrontação de elementos de prova trazidos pelas partes, mas não para permitir que seja feito aquilo que a lei já impunha como obrigação, desde a instauração do litígio, às partes componentes da relação jurídica. Já as perícias existem para fins de que sejam dirimidas questões para as quais exige-se conhecimento técnico especializado, ou seja, matéria impassível de ser resolvida a partir do conhecimento das partes e do julgador.

Dentro deste quadro, percebe-se que quando a Instrução Normativa SRF nº 900, de 2008, acima parcialmente transcrita, prevê a "realização de diligência fiscal nos estabelecimentos do sujeito passivo a fim de que seja verificada, mediante exame de sua escrituração contábil e fiscal, a exatidão das informações prestadas", não está querendo dizer que, diante de qualquer pleito repetitório apresentado, deve a autoridade fiscal diligenciar para fins de verificar, de ofício, a existência do crédito pleiteado. O que o ato legal quer dizer, e isto sim, é que, apresentado o pedido e constatado que o contribuinte demonstrou, por documentos e registros contábeis individualmente associados, a origem dos créditos pleiteados, pode a autoridade fiscal, se dúvidas remanescerem em relação a questões pontuais (natureza da operação em um ou outro registro, falta de clareza de algum documento ou registro etc.), demandar por diligências para dirimir tais dúvidas. Por certo que o ato legal não quer, com a previsão da realização das diligências, transferir para a autoridade fiscal ou para o julgador administrativo a responsabilidade pela produção probatória atribuída originariamente ao contribuinte no caso dos pedidos de repetição de indébito. E é isso que ocorreria, por exemplo,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 25/05/2013 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN
Impresso em 04/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

se fossem promovidas diligências no caso, por exemplo, em que o contribuinte, junto com seu pleito, traz apenas uma listagem genérica de créditos e uma massa de documentos fiscais sem vinculação recíproca; neste caso, a promoção das diligências estaria suprindo, irregularmente, a omissão do contribuinte, o que não é processualmente admissível.

De se ressaltar, igualmente, que o fato de o processo administrativo ser informado pelo principio da verdade material, em nada macula tudo o que foi até aqui dito. É que o referido princípio – de natureza estritamente processual, e não material - destina-se a busca da verdade que está para além dos fatos alegados pelas partes, mas isto num cenário dentro do qual as partes trabalharam proativamente no sentido do cumprimento do seu ônus *probandi*. Em outras palavras, o principio da verdade material autoriza o julgador a ir além dos elementos de prova trazidos pelas partes, quando tais elementos de prova induzem à suspeita de que os fatos ocorreram não da forma como esta ou aquela parte afirma, mas de uma outra forma qualquer (o julgador não está vinculado às versões das partes). Mas isto, à evidência, nada tem a ver com propiciar à parte que tem o ônus de provar o que alega/pleiteia, a oportunidade de, por via de diligências, produzir algo que, do ponto de vista estritamente legal, já deveria compor, como requisito de admissibilidade, o pleito desde sua formalização inicial. Dito de outro modo: da mesma forma que não é aceitável que um lançamento seja efetuado sem provas e que se permita posteriormente, em sede de julgamento e por meio de diligências, tal instrução probatória, também não é aceitável que um pleito repetitório seja proposto sem a minudente demonstração e comprovação da existência do indébito e que posteriormente, também em sede de julgamento e por via de diligências, se oportunize tais demonstração e comprovação.

Por fim, da mesma forma que não se pode usar as diligências como meio de suprir o ônus probatório não cumprido pelas partes, também não se pode exigir que o julgador da questão controversa promova, ele próprio, a contextualização dos elementos de prova juntados ao processo. Por exemplo, usando-se o caso já acima referido, se o contribuinte, para consubstanciar seu pleito repetitório, limita-se a fornecer um demonstrativo de créditos em que não aparecem individualmente associados registros e documentos, não cabe ao julgador deter-se sobre a massa de documentos e buscar, ele próprio, fazer aquilo que o contribuinte deveria ter feito. Ao julgador não cabe fazer a associação dos, não raramente, inúmeros registros e documentos; a ele deve ser oferecido o registro vinculado ao documento que o respalda, para que verifique se aquela operação especifica dá ou não direito ao crédito pleiteado (esta é a sua função: apresentados os documentos que instrumentam um registro, analisar a natureza da operação para fins de deferimento ou não do pleito).

A razão pela qual estas considerações são feitas reside no fato de que, além da improcedente alegação do recorrente de que a autoridade fiscal deve exaurir todos os meios de prova, o interessado não apresenta qualquer comprovação do direito creditório, limitando-se a apresentar planilhas demonstrativas, desamparadas de qualquer formalidade e desacompanhadas da escrituração contábil-fiscal, e, ainda assim, somente nesta fase recursal, quando já se encerrou a instrução processual. O que se quer aqui firmar, portanto, é que não há como, em sede de julgamento administrativo, suprir esta omissão do contribuinte (em termos de cumprimento de seus *onus probandi*) por via, por exemplo, de diligências ou perícias, já que, como acima já foi exposto, tais institutos não se destinam a tanto.

Se, de um lado é certo que o DARF informado no PER/Dcomp comprova um recolhimento, de outro, inexiste nos autos qualquer prova de que o pagamento seja indevido. Há tão-somente a alegação do requerente, ora recorrente. Nada mais. E, em sede de prova, nada alegar e alegar, mas não provar o alegado se equivalem (*allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*). A esse propósito, reporto-me à Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. De

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 25/05/2013 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN
Impresso em 04/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

acordo com o seu art. 36, que regulamenta o sistema de distribuição da carga probatória no Processo Administrativo Federal: o ônus de provar a veracidade do que afirma é do requerente:

> *Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.*

No mesmo sentido o art. 330 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC). A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também corrobora esse entendimento:

> *Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais*.(HABEAS CORPUS Nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)
>
> *Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada.(INTERVENÇÃO FEDERAL Nº 8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)*
>
> *RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA – NEGATIVA DE REGISTRO – TRIBUNAL DE CONTAS – ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO COMPROVADOS – ART. 333, INCISO II, DO CPC – PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE NOVEMBRO/96 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DAQUELE MESMO ANO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS 269 E 271 DA SUPREMA CORTE – 1. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do Código de Processo Civil). Incumbe às Secretarias de Educação e da Fazenda a demonstração de que a professora havia sido notificada da suspensão de sua aposentadoria. 2. Não cabe em mandado de segurança para cobrança de proventos não recebidos, a teor das súmulas 269 e 271 da Suprema Corte. 3. Recurso parcialmente provido. (STJ – ROMS 9685 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 20.08.2001 – p. 00538)JCPC.333 JCPC.333.II*
>
> *TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IMPOSTO DE RENDA – VERBAS INDENIZATÓRIAS – FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO – NÃO INCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO – AJUSTE ANUAL – ÔNUS DA PROVA – O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do imposto de renda retido na fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos. Recurso provido. (STJ – REsp 229118 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 07.02.2000 – p. 132)*
>
> *PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – IMPRESCINDIBILIDADE – ÔNUS DA PROVA – 1. Imprescindível a notificação regular ao contribuinte*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 25/05/2013 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN
Impresso em 04/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

do imposto devido. 2. Incumbe ao embargado, réu no processo incidente de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 237.009 – (1999/0099660-7) – SP – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 27.05.2002 – p. 147)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IRPF – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – VERBAS INDENIZATÓRIAS – RETENÇÃO NA FONTE – ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – SÚMULA 13/STJ - PRECEDENTES – Cabe ao autor provar que houve a retenção do imposto de renda na fonte, por isso que é fato constitutivo do seu direito; ao réu competia a prova de eventual compensação na declaração anual de rendimentos dos recorrentes, do imposto de renda retido na fonte, fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor – Incidência da Súmula 13 STJ – Recurso especial conhecido pela letra a e provido. (STJ – RESP 232729 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 18.02.2002 – p. 00294)

CÓPIA

À falta da prova do erro, capaz de afastar o atributo de irretratabilidade da confissão de dívida, milita contra a alegação do requerente a presunção de que o pagamento não lhe confere qualquer direito creditório porque foi alocado a débito espontaneamente confessado em DCTF.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 21 de maio de 2013

Alexandre Kern

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN, Assinado digitalmente em 25/05/2013 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 24/05/2013 por ALEXANDRE KERN
Impresso em 04/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA