



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

Processo nº 13804.000919/00-27
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3403-001.552 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de abril de 2012
Matéria PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - FINSOCIAL
Recorrente CB&I LUMMUS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/10/1991

RESTITUIÇÃO. COMPROVAÇÃO. INDEFERIMENTO.

A não apresentação de livros e documentos que comprovem a liquidez e a certeza do crédito demandado em Pedido de Restituição implica seu indeferimento por parte da Administração Tributária.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Domingos de Sá Filho. Os Conselheiros Robson José Bayerl, Raquel Motta Brandão Minatel, Marcos Tranchesi Ortiz e Antonio Carlos Atulim acompanharam a Relatora pelas conclusões, por entenderem que o contribuinte estava obrigado apenas a apresentar o livro razão para comprovar a base de cálculo da contribuição. Esteve presente ao julgamento o Dr. Dalton César Cordeiro de Miranda. OAB/DF nº 11.853.

Antonio Carlos Atulim – Presidente

Liduína Maria Alves Macambira - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Liduína Maria Alves Macambira, Domingos de Sá Filho, Robson José Bayerl, Raquel Motta Brandão Minatel e Marcos Tranchesi Ortiz.

Relatório

Trata-se de Pedido de Restituição de FINSOCIAL de valores supostamente pagos maior, no período de setembro de 1989 a outubro de 1991, no valor de R\$502.660,94, protocolizado em 07 de abril de 2000, fl.2, acompanhado de Pedido de Compensação de Crédito com Débito de Terceiros, indicando débitos da pessoa jurídica Setal Engenharia, Construções e Perfurações S/A, 05. Acostado aos pedidos segue Demonstrativo dos Recolhimentos efetuados a maior de Finsocial, do período indicado.

Por bem descrever os fatos relevantes para o deslinde da controvérsia, para compor o presente julgado, transcrevo o relatório da decisão recorrida, fls. 359/362:

(...)

Em Despacho Decisório de fls. 55/56 a DERAT/SP indeferiu o pleito da interessada sob o argumento de expiração do prazo para formulação de pedido de restituição tendo em vista o transcurso de cinco anos contados da extinção do crédito tributário. Esse posicionamento foi confirmado no Acórdão nº 6.889 de 9ª Turma de Julgamento da DRJ São Paulo.

Inconformada, a interessada apresentou Recurso Voluntário ao Conselho de Contribuintes. Em acórdão reproduzido às fls. 164/169, a Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes deu provimento ao recurso afastando a tese de expiração de prazo para o pleito de restituição e determinando o retorno dos autos à unidade de local para o exame das demais questões de mérito relacionadas ao pedido. Dito acórdão foi confirmado pela Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais que, em decisão de fls. 222/229, negou provimento ao Recurso Especial apresentado pela Fazenda Nacional.

Iniciando os procedimentos de exame dos demais aspectos relacionados ao mérito do pedido, o Serviço de Análise e Orientação Tributária (Seort) da unidade local, mediante a intimação de fls. 297, solicitou, entre outros, documentos relacionados à formação da base de cálculo do Finsocial e da Cofins, além de Certidão de Objeto e Pé do processo judicial nº 91.073958-4/92.0001045-8.

Tendo sido devolvido pelos Correios o envelope com a citada intimação, em 11/09/2009 afixou-se nas dependências da unidade local o Edital Seort nº 089/2009 (fl.300).

Não tendo sido atendida a intimação, o Seort da Delegacia de origem, no Despacho Decisório nº 1380/2009, fls. 301/302, indeferiu a solicitação sob o argumento de que os elementos solicitados na intimação seriam imprescindíveis para a apreciação do pleito. Referiu-se a autoridade administrativa ainda ao art. 40 da Lei 9.784, de 1999:

Lei nº 9.784, de 1999

Art. 40. Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido

formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.

Notificada da decisão em 06/11/2009, em 07/12/2009 a contribuinte interessada protocolou a manifestação de inconformidade de fls. 312/320 alegando, em síntese:

- a) o não recebimento da intimação fiscal por meio da qual lhe foram solicitados documentos decorreu de clara falha de comunicação ocasionada pelo momento pelo qual passava a Defendente, que, como dito acima, estava mudando-se de endereço registrado na Receita Federal, bem como em processo de atualização de seus cadastros;
- b) em decorrência do Princípio da Verdade Material que orienta o Processo Administrativo Fiscal, a administração pública deve prosseguir na análise do Pedido de Restituição:

No presente caso, o estrito cumprimento do princípio da verdade material significaria a análise de todos os documentos hábeis e idôneos a comprovar a existência dos créditos de Finsocial que vêm sendo pleiteados desde 2000 pela Defendente, ainda que com base em documentos apresentados somente nesta oportunidade ou, inclusive, através de novos elementos que se fizerem necessários para tanto.

Na sequência, a interessada argumenta que os documentos que originalmente já acompanhavam o Pedido de Restituição seriam suficientes para demonstrar a existência dos créditos de Finsocial demandados. Informa que tais documentos acompanham também a manifestação de inconformidade.

Depois, passa a comentar a documentação que foi solicitada na Intimação Seort/Gab nº 214/2009:

1. *Solicitação Fiscal: Original/cópia do Anexo 4/Quadro 3 – Demonstração da Base de Cálculo do FINSOCIAL da DIRPJ do exercício de 1991/ano-calendário de 1990.*

Comentários: A defendente ainda não logrou êxito em localizar em seus arquivos a DIRPJ do exercício de 1991. Neste sentido, a Defendente informa que está trabalhando para localizar esse documento e o apresentará aos autos deste processo tão-logo encontrado.

2. *Solicitação Fiscal: Demonstrativo da Base de Cálculo do FINSOCIAL e da COFINS acompanhado dos DARFs originais dos períodos de apuração da seguir: Filial 0005 – período de 09/1989 a 04/1995; Filial 0009 – período de 09/1989 a 04/1995; Filial 0015 – período de 09/1989 a 06/1993.*

Comentários: O demonstrativo da base de cálculo da contribuição ao FINSOCIAL e os DARFs de recolhimento dessa contribuição para o período (i.e. de setembro de 1989 a outubro

de 1991) e para as filiais (filiais 0009 e 0015) abrangidas no presente pleito já foram anexadas ao Pedido de Restituição mencionado acima.

A Defendente deixa de apresentar os demais documentos listados neste item, por entender que eles não têm qualquer relevância para o desfecho do presente processo administrativo, na medida em que (i) o Pedido de Restituição não abrange créditos de FINSOCIAL da filial 0005; ii) os créditos pleiteados referem-se somente ao período de setembro de 1989 a outubro de 1991, de forma que não se faz necessária a apresentação dos demonstrativos de DARFs relativos aos períodos de novembro de 1991 a abril de 1995 (filial 0009) e aos períodos de novembro de 1991 a junho de 1993 (filial 0015) como solicitado pelas autoridades fiscais; iii) a COFINS somente foi instituída em dezembro de 1991, com a edição da Lei Complementar nº 70, ou seja, em período posterior ao abrangido no Pedido de Restituição, sendo irrelevante para o presente caso a apuração e pagamento dessa contribuição.

3. *Solicitação Fiscal: Justificar o não recolhimento da FINSOCIAL/COFINS do estabelecimento matriz (0001) do período de 05/1991 a 05/1994, uma vez que constam recolhimentos de PIS nesses meses, bem como apresentar documentos comprobatórios.*

Comentários: Como mencionado acima, o Pedido de Restituição somente abrange as filiais 62.497.656/0009 e 62.497.656/0015, de forma que as informações sobre os recolhimentos realizados pela matriz da Defendente não tem qualquer relação com o presente caso. Assim, a Defendente deixar de apresentar esses documentos.

4. *Solicitação Fiscal: Justificar o não recolhimento da COFINS do período de apuração 02/1995 a 03/1995, uma vez que conforme DIRF, consta o estabelecimento filial 0009 como beneficiária de rendimentos no montante de R\$65.579,45 com código de retenção 1708 – outros elementos – remuneração de serviços prestados por pessoa jurídica, bem como apresentar documentos comprobatórios.*

Comentários: Como mencionado acima, o Pedido de Restituição não abrange períodos de 1995, nem créditos de COFINS, de forma que as informações solicitadas nesse item não tem qualquer relação com o presente caso. Assim, a Defendente deixa de apresentar esses documentos.

5. *Solicitação Fiscal: Justificar o não recolhimento da COFINS do período de apuração 02/1997 a 11/1997, uma vez que conforme DIRF, consta o estabelecimento filial 0002 como beneficiária de rendimentos no montante de R\$697.765,45 código de retenção 1708 – outros elementos – remuneração de serviços prestados por pessoa jurídica, bem como apresentar documentos comprobatórios.*

Comentários: Como mencionado acima, o Pedido de Restituição não abrange períodos de 1997, nem créditos de COFINS, tampouco a filial 0002, de forma que as informações solicitadas

nesse item não tem qualquer relação com o presente caso. Assim, a Defendente deixa de apresentar esses documentos.

6. Solicitação Fiscal: Apresentar o Livro Razão das contas FINSOCIAL/COFINS do período de 09/1989 a 11/1997.

Comentários: A Defendente ainda não logrou êxito em localizar em seu arquivos o Livro Razão da conta FINSOCIAL do período de setembro de 1989 a outubro de 1991. Nesse sentido, a Defendente informa que está trabalhando para localizar esse documento e o apresentará aos autos desse processo tão logo encontrado.

Os livros dos demais períodos deixam de ser apresentados por não serem pertinentes ao presente caso.

7. Solicitação Fiscal: Certidão de Objeto e Pé do processo judicial 91.073958-4/92.0001045-8

Comentários: A defendente apresenta a Certidão de movimentação processual (Doc. 2) que comprova que os autos estão arquivados e informa que providenciará a Certidão de Objeto e Pé solicitada.

Finalizando, afirma que, em relação aos documentos que não teriam relação com a formação dos créditos de FINSOCIAL e que deixaram de ser apresentados por essa razão, sequer havia a obrigação de guarda por parte da contribuinte, tendo em vista o decurso do prazo decadencial previsto nos art. 150, §4º e 173 do Código Tributário Federal, além do disposto no art. 1194 do Código Civil.

Desse modo, conclui:

Assim, verifica-se que a defendente somente tem a obrigação de apresentar os documentos estritamente relacionados à composição dos créditos de FINSOCIAL pleiteados sendo absolutamente dispensável a apresentação dos outros documentos solicitados pelas dd. autoridades fiscais, alheios a esse objeto e relacionados a obrigações fiscais já atingidos pelo prazo decadencial.

Dessa forma, considerando que a Defendente apresentou todos os documentos hábeis necessários para a comprovação do seu direito creditório, espera-se enfim, o reconhecimento desse incontestável direito.

A 3ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas, mediante Acórdão nº 05-28.805, de 17 de maio de 2010, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, sob os fundamentos conforme ementa a seguir transcrita:

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/10/1991

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/05/2012 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA, Assinado digitalmente em 2

1/05/2012 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 09/05/2012 por LIDUINA MARIA ALVES MAC

AMBIRA

Impresso em 06/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

RESTITUIÇÃO. COMPROVAÇÃO. INDEFERIMENTO.

A não apresentação de livros e documentos que comprovem a liquidez e a certeza do crédito demandado em Pedido de Restituição implica seu indeferimento por parte da Administração Tributária.

Cientificada da decisão em 03/07/2010, fls. 363, a recorrente interpôs Recurso Voluntário em 02/08/2010, fls. 364/373, argumentando que os documentos apresentados ao longo do processo são suficientes para comprovar seu direito aos créditos de FINSOCIAL. Em seguida passa a demonstrar as razões do recurso, em síntese:

- não havia juntada a Certidão de Objeto e Pé da Ação Judicial em razão do arquivamento dos autos da ação judicial, para que não restem dúvidas acerca da existência do direito aos créditos de Finsocial, anexa Certidões de Objeto e Pé recentemente emendadas pela 1ª Vara da Justiça Federal de São Paulo;

- jamais concordou e irá concordar com alegação de que os documentos solicitados são essenciais para a comprovação do direito em discussão; conforme exposto em sua manifestação de inconformidade; os documentos já apresentados por mais de uma vez nos autos deste processo (quais sejam, planilhas de cálculos dos valores de FINSOCIAL devidos e dos valores recolhidos e cópia das guias de recolhimento) são mais do suficientes para comprovar que os créditos de FINSOCIAL existem e foram devidamente utilizados para compensar débitos tributários;

- acrescenta que apresentou todas as guias de recolhimento que comprovam os valores de FINSOCIAL pagos indevidamente, aqueles decorrentes do pagamento através da utilização de alíquota superior a 0,5%, reconhecida como sendo a correta pelo Poder Judiciário;

- desde o início da análise efetuada pelas autoridades fiscais não houve questionamento, em nenhum momento, no tocante aos valores pagos. Contudo hesitam em homologar as compensações pelo simples fato de os documentos que comprovam as bases de cálculo de FINSOCIAL(exceção feitas às planilhas citadas acima) não terem sido apresentados.

- a análise pretendida pelas autoridades fiscais, não se faz possível, uma vez que todos os pagamentos realizados pela Recorrente e da mesma forma, as bases de cálculo que deram origem a eles, já foram homologadas tacitamente; o direito das autoridades fiscais de rever tais bases de cálculo já foram atingido pela decadência;

- a recorrente obteve judicialmente o reconhecimento de que havia utilizado alíquota maior do que a correta.

Cita exemplo de julgamento praticamente idêntico ao caso que reconheceu o direito ao crédito com base exclusivamente nas guias de recolhimento apresentadas. Reitera os argumentos quantos à revisão de documentos relacionados a outros estabelecimentos da recorrente e de períodos atingidos pela decadência (novembro de 1991 a novembro de 1997).

É o relatório.

.

Voto

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/05/2012 por LIDUINA MARIA ALVES MACAMBIRA, Assinado digitalmente em 2

1/05/2012 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 09/05/2012 por LIDUINA MARIA ALVES MAC

AMBIRA

Impresso em 06/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Conselheira Liduína Maria Alves Macambira, Relatora

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a recorrente vem rebatendo em suma, desde a manifestação de inconformidade, que *somente tem a obrigação de apresentar os documentos estritamente relacionados à composição dos créditos de FINSOCIAL pleiteados sendo absolutamente dispensável a apresentação dos outros documentos solicitados pelas dd autoridades fiscais, alheios a esse objeto e relacionados a obrigações fiscais já atingidos pelo prazo decadencial. Dessa forma, considerando que a Defendente apresentou todo os documentos hábeis necessários para a comprovação do seu direito creditório, espera-se enfim, o reconhecimento desse incontestável direito.*

Acrescenta que apresentou todas as guias de recolhimento que comprovam os valores de FINSOCIAL pagos indevidamente, aqueles decorrentes do pagamento através da utilização de alíquota superior a 0,5%, reconhecida como sendo a correta pelo Poder Judiciário;

Como se vê dos autos, desde o Termo de Intimação do Seort/Gab nº 214/2009, a recorrente foi intimada a apresenta Certidão de Objeto e Pé do processo judicial 91.073958-4/92.0001045-8. A certidão judicial solicitada é apresentada somente agora na fase recursal, encontrando-se acostada aos autos à fl. 371.

A autoridade julgadora, julgou improcedente a manifestação de inconformidade. Inicialmente, esta autoridade informa que a preliminar argüida de expiração do prazo para o pleito de restituição foi afastada por decisão definitiva administrativa, após a discussão ter trilhado toda a esfera administrativa, devendo assim ser analisada a questão de mérito.

Pois bem. Assim se pronunciou a autoridade julgadora no voto condutor da decisão recorrida:

$$(\dots)$$

Inicialmente, deve considerar que o deferimento de pedido de restituição por parte da Fazenda Pública condiciona-se à verificação dos aspectos de certeza e liquidez do crédito tributário pleiteado. Não sendo firme esses dois requisitos, o pedido formulado pela contribuinte corre risco de não ser atendido integralmente ou até o de ser denegado de todo.

Como bem lembrou o contribuinte, o Processo Administrativo Fiscal é regido entre outros, pelo Princípio da Verdade Material. Acerca dessa orientação, Odete Medauar assim discorre:

O princípio da verdade material ou real, vinculado ao da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungia aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por

meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém a liberdade plena de produzi-las. (A processualidade do Direito Administrativo, São Paulo, RT, 2ª edição, 2008, Pág.131)

Portanto, a autoridade fiscal tem o direito/dever de solicitar os documentos que entender pertinentes para a averiguação da certeza e liquidez do crédito demandado. Foi nesse intento que a autoridade elaborou a citada intimação endereçada à contribuinte.

Entre os documentos objeto da solicitação fiscal, alguns se vinculam diretamente à própria existência e valoração do direito de crédito pleiteado, com vêm a ser o Quadro Demonstrativo do Finsocial incluso na DIRPJ de 1990/1991 e o Livro Razão das contas FINSOCIAL/COFINS do período de 09/1989 a 11/1997. Quando da apresentação da manifestação de inconformidade, no início de dezembro de 2009, dizia a contribuinte diligenciar na localização do livro e da declaração de rendimentos mencionados. Até o momento em que se redige este voto, passado quase seis meses da apresentação da manifestação de inconformidade, nenhum desses documentos foi encaminhado à administração fiscal. Note-se que deixando de apresentar esse conjunto documental, a contribuinte deixa de produzir prova essencial do direito sob demanda, o que por si só já compromete o deferimento do pleito.

A contribuinte também até o presente momento não trouxe aos autos a solicitada Certidão de Objeto e Pé de Ação Judicial que move contra a Fazenda Pública e que tem como objeto o tributo indicado como origem de crédito cuja restituição é pleiteada. O resultado da demanda na esfera judicial pode repercutir na liquidez e certeza do eventual direito de crédito de Finsocial, daí a necessidade de exame do documento solicitado pela autoridade pública.

Também com o intuito de verificar a liquidez e certeza dos valores pleiteados foram as demais solicitações inscritas na intimação em foco, Dizem elas respeito à apuração e ao recolhimento do Finsocial e da Cofins de estabelecimento matriz e de estabelecimentos filiais da interessada em períodos posteriores ao de formação do direito de crédito objeto do pleito.

Manifestando juízo de valor acerca da documentação solicitada pela fiscalização, afirma a empresa que o conjunto documental solicitado é dispensável e que não tem a ver com o Pedido de Restituição. Ocorre entretanto que, analisando mais detidamente os desígnios da autoridade fiscal, ver-se-á que havia razão para que fossem demandados esses documentos. À autoridade que examinou o pleito cabia verificar se acaso eventuais pagamentos a maior efetuados a título de FINSOCIAL e demandados no Pedido de Restituição já não haviam sido aproveitados em procedimento de compensação com o próprio FINSOCIAL ou com o tributo que o seguiu, a Cofins.

A preocupação da autoridade fiscal se justifica diante do que previa a legislação vigente à época. A Instrução Normativa nº 67, de 1992, a qual, com fundamento no art. 66 da Lei nº 8.383, de 1992, regrou a compensação por iniciativa dos próprios

contribuintes dos valores pagos a com tributos vincendos que tivesse o mesmo código de recolhimento.

(...)

Tendo em vista o procedimento efetivado por muitos contribuintes que realizaram, sem formalização de pedido formal, a compensação do FINSOCIAL com a Cofins, diante da natureza da Cofins em relação ao Finsocial, a administração tributária emitiu a Instrução Normativa nº 32, de 1997, que convalidou a compensação efetuada nesses moldes.

(...)

Por fim, vale notar que a obrigação de provar o direito cabe a quem o invoca. Assim, no exercício do direito de pleitear restituição de indébito o conjunto probatório deve ser reunido pela contribuinte de forma a atestar a liquidez e certeza do valor demandado. Logo, não aproveita à interessada a alegação de que não mais estaria compelida à guarda da documentação exigida pela autoridade fiscal: era de seu interesse a manutenção da documentação na qual escorasse o direito sob pleito.

Por todo o exposto, conclui-se que a falta de apresentação dos documentos solicitados na Intimação mencionada compromete a liquidez e certeza do direito de crédito demandado, pelo que, este não pode ser deferido.

Nessa fase recursal, persiste a recorrente com as mesmas alegações quanto à apresentação dos documentos solicitados na manifestação de inconformidade.

Sem razão a recorrente.

Não logrou comprovar na primeira instância o direito alegado, daí a razão do não reconhecimento e continua nessa fase recursal sem comprová-lo. Insistir que não estaria obrigada à guarda da documentação exigida em nada lhe favorece. Ora, a falta de apresentação dos documentos que comprovem a base de cálculo da contribuição ao Finsocial, dos períodos pleiteados, comprometem o conhecimento do quantum realmente a recorrente pagou a maior.

É preciso sim saber quanto foi, efetivamente, pago a maior para se dizer qual o quantum do direito do crédito demandado tem a recorrente a receber a título de restituição.

Importa notar que a recorrente na peça recursal argumenta que apresentou planilhas de cálculos dos valores de FINSOCIAL devidos e dos valores recolhidos e todas as guias de recolhimentos que comprovam os valores de FINSOCIAL pagos indevidamente, aqueles decorrentes do pagamento através da utilização de alíquota superior a 0,5%, reconhecida como sendo a correta pelo Poder Judiciário.

Examinando os autos vê-se que o contribuinte apresentou um demonstrativo dos recolhimentos efetuados a título de Finsocial, fls. 329/330 e cópias de DARF, fls. 331/ 334, com código de receita 6120 (Finsocial). CGC(hoje CNPJ)62.497.656/0009-76, período de apuração de 01/91 a 10/91; e cópias de DARF, fls. 335/349, com código de receita 6120 (Finsocial). CGC(hoje CNPJ)62.497.656/00015-14, período de apuração de 09/89 a 10/91.

Entretanto, o demonstrativo trazidos aos autos pela recorrente precisa estar respaldada em documentação contábil/fiscal que confirmem os dados ali informados.

Ademais, diferentemente de entendimento apresentado em julgados similares, como invoca a recorrente, não reconheço o direito reclamado apenas com base nas guias(DARF) de recolhimento da exação em foco. Como se observado anteriormente, o cerne da lide é a comprovação por parte da recorrente do pagamento a maior a título de Finsocial. A guia de recolhimento (DARF) desacompanhado de documentação, conforme foi solicitada a recorrente, não é suficiente para comprovar o direito reclamado.

Quanto à Certidão de Objeto e Pé, apresentada pela recorrente , subscrita pela Diretora de Secretaria da 1ª Vara Federal de São Paulo, fl.371, veio nos termos a seguir:

CERTIFICA a pedido da parte interessada, que verificando os autos do processo nº 91.0731958-4, distribuído em 05/12/1991, constatou tratar-se de ação cautelar preparatória de depósito, proposta pela ABB LUMMUS GLOBAL COM/IND/LTDA nova denominação de CE BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA, inscrita no CGC/MF sob o nº 62.467.656/0001-19, em face da UNIÃO FEDERAL, objetivando cautela assecuratória da efetivação do depósito correspondente à exigência fiscal; a fim de que na ação Ordinária principal de n.92.0001045-8, onde se discutiu a legalidade da exação, fique exonerado as consequências de eventual inadimplemento.

CERTIFICA que, em 19/12/91, foi deferido o depósito (fl.40).Contestação da ré às fls. 53/61.

CERTIFICA que, em 25 de novembro de 1993, houve prolação de sentença julgando PROCEDENTE a ação e concedo a medida cautelar requerida, confirmando sua eficácia até o julgamento final do processo principal. Foi deferido ainda o levantamento das quantias depositadas a maior. (fls.64/65). Sentença publicada em 10 de março de 1994.

CERTIFICA mais que os autos subiram ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região em 25/04/1994, em decorrência de reexame necessário, ao qual foi deu parcial provimento à remessa oficial. Em decisão de recurso especial proposto pela ré, houve a exclusão de condenação de honorários do advogado para União Federal.

CERTIFICA, ainda que, houve trânsito em julgado do Venerando Acórdão em 24/06/1996 (fls.200). Alvará de levantamento (fl.234). Conversão em renda (fl.241). Sentença declarando encerrada a execução transitada em julgada em 19/12/1997.

De se notar que a recorrente ingressou na justiça em dezembro de 1991 para discutir a legalidade do FINSOCIAL, realizou depósito, teve sentença favorável, sendo-lhe assegurado o levantamento das quantias depositadas a maior.

Entretanto, não se pode inferir com essas informações que os valores objeto de pedido de restituição, acompanhado de pedido de compensação, apresentado pela recorrente em abril de 2000, referentes ao período de setembro de 1989 a outubro de 1991, recolhimentos via DARF, representem valores efetivamente pagos a maior. Eventuais pagamentos efetuados acima da alíquota de 0,5% para que sejam considerados a maior, é preciso que fique

comprovado que efetivamente representam valores recolhidos indevidamente. Até aqui não vejo que tenha a recorrente comprovado o direito pleiteado tratado no presente processo.

Creio que não há dúvida que para se reconhecer um direito é preciso ser investigado por parte da autoridade competente se a peticionante do direito alegado observou todas as exigências previstas na legislação de regência, a bem do princípio da legalidade e do interesse público. Deve sim a autoridade administrativa decidir com base na verdade dos fatos. A não apresentação por parte da recorrente dos documentos solicitados pela autoridade administrativa prejudicou a comprovação da liquidez e a certeza do crédito pleiteado.

Segundo a legislação que trata da matéria sob exame, o direito que a recorrente alega está restrito a requisitos legais e comprovação documental.

Ademais de acordo com o disposto no art. 36 da Lei nº 9.784, de 1999, cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado. Mesmo entendimento contido no art. 333, inciso I do Código de Processo Civil, abaixo transcrito:

Art. 333 – O ônus da prova incumbe:

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

Para reconhecimento do direito alegado, no caso específico pagamento a maior de Finsocial, é necessária a apresentação da documentação comprobatória do direito alegado. Os livros e documentos fiscais são imprescindíveis para materialização dos fatos alegados.

Por oportuno, é mister trazer a colação dispositivos legais que versam sobre a obrigatoriedade de guarda e conversação dos documentos, por parte do interessado quando da existência de ações pendentes:

Art. 911 do RIR/99

Os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional procederão ao exame dos livros e documentos de contabilidade dos contribuintes e realizarão as diligências e investigações necessárias para apurar a exatidão das declarações, balanços e documentos apresentados, das informações prestadas e verificar o cumprimento das obrigações fiscais (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º).”

Art. 264 – A pessoa jurídica é obrigada a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros, documentos e papéis relativos a sua atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial (Decreto-lei nº 486, de 1969, art. 4º).”

§ 1º Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros, fichas, documentos ou papéis de interesse da escrituração, a pessoa jurídica fará publicar, em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento, aviso concernente ao fato e deste dará minuciosa informação, dentro de quarenta e oito horas, ao órgão competente do Registro do Comércio, remetendo cópia da

comunicação ao órgão da Secretaria da Receita Federal de sua jurisdição (Decreto-lei nº 486, de 1969, art. 10).

§ 2º A legalização de novos livros ou fichas só será providenciada depois de observado o disposto no parágrafo anterior (Decreto-lei nº 486, de 1969, art. 10, parágrafo único)”

Resta evidente a imposição primordial: o dever de cuidado por parte da recorrente com relação à guarda de seus livros e documentário contábil e fiscal, objetivando, enfatize-se, que quando solicitado, possa apresentar os elementos probatórios de suas atividades empresariais, de forma a resguardar a legitimidade de seus direitos e obrigações, sob pena ter frustrado sua pretensão.

Trago à colação ensinamento do doutrinador Humberto Teodoro Júnior, apresentado em julgado anterior sobre a comprovação dos fatos alegados como condicionante de sua existência:

Analizando a situação da necessidade da prova, lembro a lição de Humberto Teodoro Júnior. “Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência de um direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.”¹

Com essas considerações, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Liduína Maria Alves Macambira