



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

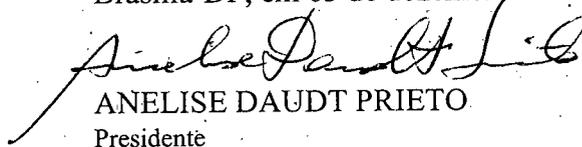
PROCESSO Nº : 13839.000698/98-11
SESSÃO DE : 03 de dezembro de 2004
RECURSO Nº : 128.205
RECORRENTE : SUPERMERCADO TESCAROLLO LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP

RESOLUÇÃO Nº 303-01.001

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 03 de dezembro de 2004


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ZENALDO LOIBMAN, NANSI GAMA, SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA, CARLOS FERNANDO FIGUEIREDO BARROS (Suplente), MARIA DO SOCORRO FERREIRA AGUIAR (Suplente) e MARCIEL EDER COSTA. Ausente o Conselheiro SÉRGIO DE CASTRO NEVES.

RECURSO N° : 128.205
RESOLUÇÃO N° : 303-01.001
RECORRENTE : SUPERMERCADO TESCAROLLO LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : NILTON LUIZ BARTOLI

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de Restituição/Compensação, a título de pagamento à maior e indevido do tributo Finsocial no que pertine a alíquotas superiores a 0,5%, proposto pelo contribuinte em 10/09/98.

O pedido foi indeferido pela Delegacia da Receita Federal em Jundiaí/SP, nos termos da decisão de fls. 32/33, consubstanciada na ementa:

“OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL
RENÚNCIA DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA

“A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.”

Ato Declaratório Normativo COSIT n° 03/96”

Informa a decisão que “a interessada impetrou ação judicial n° 98.0612663-7 (Processo Administrativo n° 10830.007470/98-35) com escopo de reconhecer o direito à compensação dos valores do FINSOCIAL pagos indevidamente, excedentes à alíquota de 0,5%”, referentes ao mesmo período a que versa o presente.

Da decisão, o contribuinte apresentou tempestiva manifestação de inconformidade, aduzindo, em suma, que:

- em setembro de 1998 protocolizou pedido de compensação de seus créditos, advindos do recolhimento do PIS de forma indevida, com base em legislação inconstitucional, tomando o pedido o n° de processo 13839.000698/98-11;

- protocolizou Mandado de Segurança buscando o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade dos decretos lei e o direito a compensação quanto aos recolhimentos indevidos a título do PIS, recebendo o Mandado de Segurança o n° 98.0612663-7, em trâmite pela 3ª. Vara da Justiça Federal de Campinas;

- no processo administrativo busca a efetiva compensação, ou seja, a materialização do direito. No processo judicial busca o reconhecimento do direito, ou seja, que seja reconhecido que o administrado possui as condições necessárias para exercer regularmente o direito;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.205
RESOLUÇÃO Nº : 303-01.001

- a sentença proferida no mandado de segurança não efetua a compensação, mas simplesmente garante que esta seja efetuada dentro de um processo administrativo;

- a decisão recorrida ao não julgar o mérito desrespeitou uma decisão judicial, pois a liminar lhe garante a compensação;

- o direito reconhecido pelo Mandado de Segurança será exercido na esfera administrativa, isto é, através de processo administrativo. Sendo assim, não existe igualdade de objetos, pois o mandado de segurança não é instrumento de compensação, mas sim para reconhecimento de direito líquido e certo;

- é competente para julgar o presente processo a Delegacia localizada na cidade de Campinas. A competência atribuída à autoridade da Receita Federal local, no caso o Delegado da Receita Federal em Jundiaí, é a de autoridade preparadora do processo administrativo. *In casu*, sua competência restringe-se a fazer o saneamento do processo e emitir parecer sobre a matéria. Nestes termos, a decisão recorrida tolheu seu direito ao duplo grau de jurisdição;

- não obstante terem conexão entre si, os objetos pleiteados em ambas as instâncias diferem intrinsecamente um do outro. A compensação, propriamente dita, deve ser feita na instância administrativa. Na judicial se reconhecerá a inconstitucionalidade dos dispositivos legais e amparará o direito de ver os valores pagos a maior, restituídos.

Conclui que o Ato Declaratório Normativo da COSIT nº 03/96 estabelece que apenas ocorrerá a renúncia às instâncias administrativas em prol da judicial quando os objetos forem idênticos; o que não é o caso.

Requer sejam os autos remetidos à Delegacia de origem para análise do mérito com o fim de que lhe seja conferido o direito à compensação, nos termos do pedido inicial.

Requer ainda sejam aceitos os cálculos apresentados através de laudo técnico contábil e a suspensão da exigibilidade dos débitos constantes dos autos, nos termos do artigo 151, inciso III do CTN, bem como o art. 1º da IN/SRF nº 14/2000.

Remetidos os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas, foi exarada decisão indeferindo a pretensão do contribuinte, conforme ementa:

“Assuntõ: Processo Administrativo Fiscal
Período de apuração: 01/12/1990 a 31/03/1992

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.205
RESOLUÇÃO Nº : 303-01.001

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS - CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL - A propositura de ação judicial, antes ou após a solicitação de restituição/compensação, como o mesmo objeto, implica a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento. Solicitação Indeferida."

O contribuinte apresenta tempestivo Recurso Voluntário onde vem reafirmar os fundamentos de sua peça impugnatória, citando entendimento jurisprudencial do Conselho de Contribuintes e do Tribunal Regional Federal da 3ª Região corroborando seu entendimento.

Requer:

- o provimento total do presente recurso, bem como a reforma das decisões prolatadas para que seja efetuada a compensação dos créditos apurados (laudos apresentados neste processo administrativo), com os débitos constantes nos pedidos de compensação, bem como com os prováveis débitos vincendos;

- o reconhecimento do crédito da recorrente em face às mudanças efetuadas na legislação que regula o tributo Finsocial;

- que a autoridade administrativa realize a compensação e expeça o competente documento comprobatório de compensação dos débitos em questão, nos termos das Instruções Normativas 21 e 73 de 1997 e IN 210/2001;

- a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão do artigo 151, III do CTN.

Tendo em vista o disposto na Portaria MF nº 314, de 25/08/1999, deixam os autos de serem encaminhados para ciência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro constando numeração até as fls. 79, última.

É o relatório.



RECURSO Nº : 128.205
RESOLUÇÃO Nº : 303-01.001

VOTO

Por conter matéria de competência deste Eg. Conselho, conheço do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Ultrapassadas as análises dos requisitos de admissibilidade, os quais encontram-se presentes, adentrando ao mérito, anote-se que este Relator entende que a análise de qualquer questão no âmbito do Processo Administrativo Fiscal deve ser norteada pelos princípios da materialidade e da tipicidade.

Oportuno, no entanto, a discussão de que outros princípios jurídicos, inerentes ao Processo Administrativo Fiscal, sejam trazidos à colação, tal como o princípio da verdade material.

O princípio da Verdade Material norteia o julgador para que descubra qual é o fato ocorrido e, a partir daí, qual a norma aplicável, ou seja, a verdade objetiva dos fatos.

Para Alberto Xavier, *“a instrução do procedimento tem como finalidade a descoberta da verdade material no que toca ao seu objeto com os corolários da livre apreciação das provas e da admissibilidade de todos os meios de prova. Daí a lei fiscal conceder aos seus órgãos de aplicação meios instrutórios vastíssimos que lhes permitem formar a convicção da existência e conteúdo do fato tributário”*. (in, “Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário”, 2ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1998)

Podemos concluir, assim, que o **dever de prova no procedimento administrativo de lançamento tributário é da Administração Pública, de modo que em caso de subsistir a incerteza por falta de prova, esta deve abster-se de praticar o ato de lançamento, pois, sendo a atividade vinculada, o princípio da verdade real é norteado pelo princípio da tipicidade e da estrita legalidade. O fato típico deve estar completo para aplicação da norma.**

O Professor Alberto Xavier (op. cit. pág. 207) ensina:

“Tão pouco pode a lei ordinária autorizar a Administração a modificar o conteúdo de qualquer elemento do tipo legal, confiada a função de fixar ou concretizar um dado elemento do tipo, em termos discricionários: sendo a tipicidade tributária uma tipicidade fechada, não pode a vontade administrativa modelar o conteúdo do tipo legal, fixado definitivamente e imutavelmente pela lei.”

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.205
RESOLUÇÃO Nº : 303-01.001

Para o doutrinário Paulo Celso B. Bonilha, em sua obra "Da Prova no Processo Administrativo Tributário" (Ed. Dialética, São Paulo, 1997, 2ª edição) ao tratar do ônus da prova na relação processual tributária, conclui que:

"Se é verdade que a conformação peculiar do processo administrativo tributário exige do contribuinte impugnante, no início, a prova dos fatos que afirma, isto não significa, como vimos, que, no decorrer do processo, seja de sua incumbência toda a carga probatória. Tampouco a presunção de legitimidade do ato de lançamento dispensa a Administração do ônus de provar os fatos de seu interesse e que fundamentam a pretensão do crédito tributário, sob pena de anulamento do ato."

Assim, em nome de uma distribuição de Justiça mais serena e mais condizente com os princípios norteadores da atividade administrativa judicante, tais como o da verdade material, da certeza jurídica na relação tributária, da moralidade administrativa e da legitimidade e motivação dos atos administrativos, não há outro meio para solucionar a lide, senão converter o presente em diligência.

Com efeito, o pedido de Restituição/Compensação quanto ao Finsocial, pleiteado pelo contribuinte, foi de pronto indeferido pela Delegacia da Receita Federal em Jundiaí/SP, sob o fundamento de haver o contribuinte optado pela via judicial.

O contribuinte confirma haver ingressado com ação judicial com o fim de ver reconhecida a inconstitucionalidade de majorações de alíquota do Finsocial, sem contudo, haver pleiteado judicialmente a compensação requerida via administrativa.

Ocorre que não consta dos autos qualquer documento pertinente à ação proposta judicialmente pelo contribuinte. Desta feita, não há como auferir se os procedimentos adotados judicial e administrativamente pelo contribuinte possuem o mesmo objeto.

Em que pese a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP ter confirmado a decisão inicial sob o mesmo fundamento, não há como presumir que haja concomitância entre o presente e a ação judicial proposta pelo contribuinte.

Não podendo o julgador basear-se em mera presunção, o procedimento correto, em respeito ao princípio da verdade material, pilar do processo administrativo, é o de apurar qual o objeto do procedimento judicial adotado pelo contribuinte.

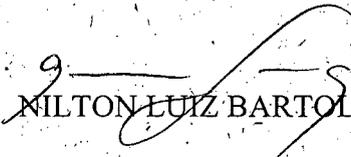
MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.205
RESOLUÇÃO Nº : 303-01.001

Desta feita, converto o presente julgamento em diligência à repartição de origem, a fim de que intime o contribuinte a apresentar cópia da inicial da ação judicial que propôs quanto à inconstitucionalidade do Finsocial, bem como respectivas sentenças, se já houver.

É como voto.

Sala das Sessões, em 03 de dezembro de 2004


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator