



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

Processo nº 18471.001548/2004-28
Recurso nº 144.206 Voluntário
Acórdão nº **3402-001.570 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 07 de outubro de 2011
Matéria COFINS - BASE DE CÁLCULO - RECEITA FINANCEIRA - INCONSTITUCIONALIDADE - LEI 9718
Recorrente ALTM S.A.- TECNOLOGIA E SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO
Recorrida DRJ RIO DE JANEIRO II - RJ

COFINS – BASE DE CÁLCULO – ART. 3º, § 1º, DA L. 9.718/98 - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF - EFEITOS.

Já é do domínio público que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da L. 9.718/98 RREE 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9.11.2005 - Inf./STF 408), proclamando que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal. A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito” e, “embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05). Afastada a incidência do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliara a base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, é ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação.

COFINS – LANÇAMENTO POR FALTA DE RECOLHIMENTO – COMPENSAÇÃO COM INDÉBITO. SEM OBEDIÊNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL DA COMPENSAÇÃO - PRESSUPOSTOS LEGAIS - ART. 74 DA LEI Nº 9430/96.

Não se confundem os objetos da ação judicial de repetição do indébito tributário (arts. 165 a 168 do CTN) e da forma de sua execução que se pode dar mediante compensação(art. 170 e 170-A do CTN; art. 66 da Lei nº 8383/91; art.74 da Lei 9430/96), com as atividades administrativas de lançamento tributário, sua revisão e homologação, estas últimas atribuídas privativamente à autoridade administrativa, nos expressos termos dos arts. 142, 145, 147, 149 e 150 do CTN.

Não tendo cumprido o procedimento legalmente previsto para que se efetivasse a compensação e a conseqüente homologação do lançamento exigidas pela lei, não há como afirmar que as importâncias de COFINS exigidas no Auto de Infração, tenham sido quitadas por compensação, com supostos créditos oriundos de pagamentos a maior, não sendo portanto cabível a alegação de compensação sem comprovação do procedimento e como defesa em auto de infração.

COFINS – FALTA DE RECOLHIMENTO .

Se tanto na fase instrutória, como na fase recursal, a interessada não apresentou nenhuma evidencia concreta e suficiente para descaracterizar a autuação, há que se manter a exigência tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, DDP, por unanimidade de votos, deu-se provimento parcial ao recurso para excluir as receitas financeiras da base de cálculo, nos termos do voto do relator

NAYRA BASTOS MANATTA

Presidente

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Gilson Macedo Rosenberg Filho, Sílvia de Brito Oliveira, João Carlos Cassuli Júnior e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.

Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário** (fls. 71/82) contra o v. Acórdão nº 13-15.897 exarado em 27/04/07 (fls. 59/67) pela 5ª Turma da DRJ do Rio de Janeiro II - RJ que, por unanimidade de votos, houve por bem “julgar procedente em parte”, o lançamento original de **COFINS** (MPF nº 0719000/00161/04 fls. 15/21), **notificado em 29/03/05** (fls. 15), no **valor total de R\$ 134.092,64** (COFINS R\$ 56.394,35; e Juros R\$ 35.402,60; multa R\$ 42.295,69), que acusou a ora Recorrente de **falta de recolhimento da COFINS** no período de **30/05/00 a 31/10/03**, em razão do que, a d. Fiscalização considerou **infringidos o art. 1º da LC nº 70/91, arts. 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações da MP nº 1.807/99 e reedições, com as alterações da MP nº 1.858/99 e reedições, arts. 2º, inciso II e § único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02** devida a **multa de 75% capitulada no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, e juros à taxa SELIC** nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Reconhecendo expressamente que a impugnação atendia aos requisitos de admissibilidade, a r. **decisão** de fls. 59/67 da 5ª Turma da DRJ do Rio de Janeiro II - RJ, houve por bem “julgar procedente em parte”, o lançamento original de **COFINS**, aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/05/2000 a 30/05/2001, 01/07/2001 a 31/07/2001, 01/07/2003 a 31/08/2003, 01/10/2003 a 31/10/2003

BASE, DE CÁLCULO-RECEITA FINANCEIRA

As receitas financeiras compõem a base de cálculo da COFINS, pois entende-se por faturamento a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas..

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO/ALCANCE

A função das Delegacias da Receita Federal de Julgamento, como órgãos de jurisdição administrativa, consiste em examinar a consentaneidade dos procedimentos fiscais com as normas legais vigentes, não lhes sendo facultado pronunciar-se a respeito da conformidade ou não da lei, validamente editada, com os demais preceitos emanados pela Constituição Federal

COMPENSAÇÃO INEXISTENTE

Inexiste a compensação sem a apresentação de requerimento a SRF ou Declaração de Compensação apresentada antes de iniciado o procedimento fiscal relativo ao contribuinte.

MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício é penalidade pecuniária em lei, aplicada por infração à legislação inconfundível com a multa de mora.

PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO

A vedação quanto à instituição de tributo com efeito confiscatório é dirigida ao legislador, e não ao aplicado' da lei. A constatação da inflação fiscal enseja o lançamento de ofício para a formalização de sua exigência, além da aplicação da respectiva multa, conforme determina a legislação tributária.

Lançamento Procedente”

Em suas razões de Recurso Voluntário (fls. 71/82) oportunamente apresentadas, a ora Recorrente sustenta a insubsistência da autuação e da decisão de 1ª instância na parte em que a manteve tendo em vista: a) legitimidade das exclusões da base de cálculo da COFINS glosadas pela d. Fiscalização (receitas financeiras) que deve incidir exclusivamente sobre o faturamento tal como proclamou a Suprema Corte; b) ilegalidade da multa de ofício no caso das faltas de recolhimento por compensação indevida e juros à Taxa SELIC.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

O Recurso Voluntário reúne as condições de admissibilidade e, no mérito, merece ser parcialmente provido.

Realmente, já é do domínio público que, “ao julgar os RREE 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9.11.2005 (Inf./STF 408), o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da L. 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal” (cf. Ac. da 1ª Turma do STF no Ag.Reg. no RE nº 330.226-PR, em sessão de 23/05/06, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 16/06/06, pág. 17 EMENT VOL-02237-03 PP-00481; Ac. da 1ª Turma do STF nos Emb. Dec. no RE nº 368.468-PR, em sessão de 23/05/2006, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 23-06-2006, pág. 52 EMENT VOL-02238-03 PP-00428; Ac. da 1ª Turma nos Emb. Dec. no RE nº 410.691-MG, em sessão de 23/05/2006, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 23/06/2006, pág. 52, EMENT VOL-02238-03 PP-00538), anteriormente à EC nº 20/98.

Nesse particular, releva notar que o pronunciamento do STF sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou exigência administrativa tinha efeito vinculante e eficácia subordinante, eis que a desobediência à autoridade decisória dos julgados proferidos pelo STF importa na invalidação do ato que a houver praticado (cf. Ac. do STF-Pleno na Reclamação nº 1.770-RN, rel. Min. Celso de Mello, publ. in RTJ 187/468; cf. Ac. do STF-Pleno na Reclamação nº 952, rel. Min. Celso de Mello publ. in RTJ 183/486).

Por seu turno, analisando os efeitos reflexos da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 sobre os lançamentos fiscais, o E. STJ recentemente esclareceu que “a inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito” e, “embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05). Afastada a incidência do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliara a base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, é ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação. Conseqüentemente, a base de cálculo das referidas contribuições continua sendo a definida pela legislação anterior, nomeadamente a LC 70/91 (art. 2º), por decorrência da qual o conceito de faturamento tem sentido estrito, equivalente ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF”. (cf. Ac. da 1ª Turma do STJ no RESP nº 828.106-SP, Reg. nº 200600690920, em sessão de 02/05/06, Rel. Min. TEORIALBINO ZAVASCKI, publ. in DJU de 15/05/06, pág. 186)

Consubstanciando atividade essencialmente realizadora do Direito, inteiramente vinculada e subordinada ao princípio da legalidade do tributo (art. 150, inc. I da CF/88; arts. 97 e 142 do CTN), a atividade administrativa do lançamento tributário necessariamente há de conformar-se com a Constituição e com a interpretação que lhe empresta a Suprema Corte, só podendo se efetivar nas condições e sob os pressupostos estipulados em lei válida, donde decorre que ante a formal declaração de inconstitucionalidade ou invalidade da lei pela Suprema Corte, deslegitimam-se todos os lançamentos fundados nas referidas disposição e base de cálculo inconstitucionais (§ 1º do art. 3º da Lei 9.718/98); em suma, são ilegítimos todos os lançamentos que refujam às base de cálculos do COFINS e PIS/PASEP adotadas pela legislação anterior e ao conceito de faturamento em sentido estrito por ela adotado e equivalente à receita bruta decorrente de vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços, ou de serviços de qualquer natureza.

No caso concreto verifica-se que as acusações fiscais do lançamento fiscal excogitado, se fundamentam na disposição legal inconstitucional e versam sobre receitas não operacionais (receitas financeiras) que se inserem na base de cálculo julgada inconstitucional, o que, nos termos da Jurisprudência citada “torna ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação”.

Entretanto o mesmo não se pode afirmar, relativamente à alegação de compensação espontânea e de quitação **por compensação**, com supostos créditos oriundos de pagamentos a maior, concessa vênha, não justificam a reforma da r. decisão recorrida.

Não se confundem os objetos da ação judicial de repetição do indébito tributário (arts. 165 a 168 do CTN) e das formas de sua execução ou liquidação, que se pode dar mediante compensação (art. 170 e 170-A do CTN; art. 66 da Lei nº 8383/91; art. 74 da Lei 9430/96), com as atividades administrativas de lançamento tributário, sua revisão e homologação, estas últimas atribuídas privativamente à autoridade administrativa, nos expressos termos dos arts. 142, 145, 147, 149 e 150 do CTN. A distinção entre estas atividades legalmente inconfundíveis, encontra-se devidamente delineada pela Jurisprudência.

De fato, embora não se ignore que “transitado em julgado, o acórdão que declare ser o crédito compensável servirá de título para a compensação no âmbito do lançamento por homologação” (Resp. 78.270 - MG 95.56501-3 2ª Turma do STJ - Rel. Ministro Ari Pargendler - j. unânime - 28.03.96 - DJU 1 - 29.04.96 - pág. 13.406/07), também não se pode ignorar que “o pagamento ou a compensação, propriamente, enquanto hipóteses de extinção do crédito tributário, só serão reconhecidos por meio da homologação formal do procedimento ou depois de decorrido o prazo legal para a constituição do crédito tributário, ou de diferenças deste (CTN, art. 156, incisos VII e II, respectivamente). O procedimento do lançamento por homologação é de natureza administrativa, não podendo o juiz fazer as vezes desta. Nessa hipótese, está-se diante de uma compensação por homologação da autoridade fazendária. (...). O juiz não pode, nessa atividade, substituir-se à autoridade administrativa.” (cf. Ac. da 1ª Seção do E. STJ nos Embargos de Divergência no REsp. nº 100.523-RS Reg. 97.4646-0, em sessão de 11/07/97, Rel. Min. Ari Pargendler, publ. in DJU de 30/06/97).

Por outro lado, também já assentou o E. STJ que “só pode haver compensação se o crédito do contribuinte for líquido e certo, isto é, determinado em sua quantia” sendo que “só após esse estado de liquidez e certeza é que o contribuinte pode fazer o lançamento, efetuando a operação de compensação, sujeita a homologação pelo Fisco”, ou seja, “a liquidez e certeza só podem ser apuradas mediante operação que demanda provas e contas”

(cf. Ac. da 1ª Turma do STJ no REsp. nº 100.523, Reg. 96/0042745-3, em sessão de 07/11/96, Rel. Min. José Delgado, publ. in DJU de 09/12/96), obviamente só apuráveis após o trânsito em julgado, através da liquidação da sentença que reconhece o direito à repetição do indébito tributário.

Acolhendo esses elementares preceitos de inegável juridicidade, ao regulamentar o procedimento para a compensação de créditos, inclusive os judiciais, o **art. 74 e § 1º da Lei nº 9430/96, exige não só o trânsito em julgado da decisão judicial que determinou a restituição do crédito, mas que compensação somente se efetive “mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados”**.

No caso concreto, a pretendida compensação, somente poderia efetivar-se a partir da declaração administrativa legalmente prevista, da qual deveriam necessariamente constar as informações relativas aos supostos créditos utilizados e aos respectivos débitos a serem compensados, o que ocorreu no caso concreto.

Nesse sentido a r. decisão recorrida repele com vantagem os argumentos da Recorrente quando acentua que:

“Em relação aos PA's 05/2000, 07/2001, 07/2003, 08/2003 e 10/2003 cujas compensações não foram computadas em DCTF, o contribuinte propriamente não apresentou contrariedade, mas sim pelo valor da multa de ofício lançada no patamar de 75%.

Frise-se que a sistemática de compensação entre tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal já vigente na época da apresentação da peça impugnatória (28/04/2005), previa a DCOMP, como se vê pela redação do artigo 49 da Medida Provisória nº 66/2002, convertida na Lei 10.637/2002:

"Art. 49. O art. 74 da Lei n 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão..

§ 1º A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

*§ 3º Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de **compensação:***

I - o saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física

II - os débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação

§ 4º Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo.

§ 5º. Secretaria da Receita Federal disciplinará o disposto neste artigo. "(NR)" (grifei)

Portanto, a partir da criação da DCOMP, que no presente lançamento engloba os PA's 07, 08 e 10/2003, a compensação se dá por meio da entrega da declaração à repartição competente, não sendo suficiente somente possuir o crédito ou o registro da operação na escrita contábil e fiscal do contribuinte. A determinação legal de que a compensação, quando efetuada, deve ser prontamente comunicada ao fisco, tem por objetivo proteger o patrimônio público..

Cabe aqui ressaltar que a compensação, mesmo nos períodos anteriores a criação da DCOMP, por ser forma de extinção do crédito tributário, consoante previsto no artigo 156, inciso II, do Código Tributário Nacional, exige prova efetiva de sua realização. Portanto, não bastam meras alegações da contribuinte, pois ela tem o ônus de provar os fatos extintivos do direito do Fisco. De fato, seja pelo art. 36 da Lei 9 784, de 1999, que determina caber ao interessado provar os fatos que tenha alegado, ou seja por aplicação do art. 333 do Código de Processo Civil, o qual dispõe incumbir ao réu o ônus da prova, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, à impugnaste caberia provar as alegadas compensações..

*Não se olvide que, no lançamento dito por homologação, a compensação apresenta três pressupostos indispensáveis: primeiramente, a contribuinte deve possuir um **crédito líquido e certo contra a Fazenda Pública**; em segundo lugar, a compensação há de ser escriturada, de sorte que reste cristalizada sua ocorrência; e, por fim, o Fisco somente poderá homologar tal ato da contribuinte se tomar conhecimento de sua atividade, ou, em outras palavras, incumbe à contribuinte comunicar ao Fisco a atividade por ela levada a efeito, de forma que reste exteriorizada sua pretensão, no caso a DCTF e a DCOMP, possibilitando a fiscalização de seu procedimento*

Ora, no presente processo, a contribuinte não se dignou a comprovar as compensações que alega ter feito; não demonstrou (nem sequer alegou) ter registrado em sua contabilidade as compensações que afirma ter feito, nem declarou tais compensações à SRF antes do início da ação fiscal.

Em suma, quando a contribuinte possui créditos em face do Fisco, pode pedir restituição ou ressarcimento, ou pode utilizá-los para a quitação de tributos por meio de compensação.. Decidindo-se pela compensação, é indispensável que proceda conforme as determinações legais, seja apresentando requerimento à SRF, se antes da Medida Provisória nº 66, de 2002, ou, se depois, apresentando Declaração de Compensação.. Sem tal procedimento não é admissível a compensação de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal Ora, não tendo a contribuinte requerido ou declarado as compensações alegadas antes do início da ação fiscal, o crédito tributário não estava extinto Tratava-se, pois, de tributo devido e não recolhido nem declarado, sujeito, portanto, ao lançamento de ofício, corretamente e efetuado pelo Auditor Fiscal.

Outro argumento de defesa da contribuinte é de que a multa deve ser reduzida ao limite máximo de 20%(vinte por cento), pois o patamar de 75%(setenta e cinco por cento) é confiscatório,

A vedação à utilização de tributo com efeito de confisco, preceituada pelo art. 150, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, impede que o padrão de tributação seja insuportável ao contribuinte. Como norma programática, é dirigida ao Poder Legislativo, que deve tomar em consideração tal preceito, quando da feitura das leis; como norma proibitiva, está afeita ao controle de constitucionalidade, de competência exclusiva do Poder Judiciário, conforme majoritária doutrina e jurisprudência, e já sobejamente tratado no presente voto.

Caso se manifestasse a Administração Pública a respeito da constitucionalidade de leis ou atos normativos por ela próprio emanados, estaria configurada uma invasão na esfera de competência exclusiva do Poder Judiciário, ferindo assim a independência dos Poderes da República preconizada no artigo 2º da Carta Magna.

Assim, como anteriormente citado, não compete à instância administrativa a análise sobre a matéria, pois a vedação constitucional quanto à utilização de tributo com efeito confiscatório, dirige-se ao legislador, e não ao aplicados da lei

No caso em análise, a previsão legal para o percentual de multa de ofício encontra-se no art.44, inciso I, da Lei nº 9 430/1996, que estabelece a aplicação de multa de setenta e cinco por cento calculada sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento fora do prazo, sem acréscimo de multa moratória, de falta de declaração, e nos de declaração inexata Tratando-se portanto de lançamento de ofício em que ficou constatada a falta de recolhimento do tributo, a aplicação de multa de 75% encontra-se de acordo com a legislação vigente.

Não tendo cumprido o procedimento legalmente previsto para que se efetivasse a compensação e a conseqüente homologação do lançamento exigidas pela lei, ao contrário do que açodadamente aduz a ora Recorrente, não há como afirmar que as importâncias de COFINS exigidas no Auto de Infração, tenham sido quitadas por compensação, com supostos créditos oriundos de pagamentos a maior, o que de plano afasta a alegada de extinção do crédito tributário e reforça a procedência, tanto do auto de infração, como da r. decisão recorrida que o manteve, tal como reiteradamente proclamado a Jurisprudência deste E. Conselho citada na decisão recorrida, cujas ementas se reproduz:

“COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. COMPENSAÇÃO. Não é cabível a alegação de compensação sem comprovação do procedimento e como defesa em auto de infração. Recurso negado.” (ACÓRDÃO 201-76411 - 18/09/2002).

“COFINS. (...). COMPENSAÇÃO. A compensação é um direito discricionário da contribuinte, podendo ela exercê-lo ou não. Mas, se o fizer, deve seguir as normas regulamentares que regem a matéria. (...). COMPENSAÇÃO NÃO COMPROVADA. Não havendo comprovação de compensação alegada pela contribuinte, antes da lavratura da Peça Infractional, é cabível o lançamento de ofício dos valores não recolhidos. Recurso provido em parte.” (ACÓRDÃO 202-14945 - 02/07/2003).

“COFINS. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. Cabe ao Contribuinte o ônus de provar o que alega. Não tendo este instruído o processo com a documentação necessária à comprovação dos seus argumentos, tomam-se insubsistentes e vazias as razões formuladas. MULTA DE OFÍCIO. PREVISÃO LEGAL. A exacerbação do lançamento pela aplicação da multa de ofício no percentual 75% tem o devido suporte legal na legislação de regência (inciso I, art. 44, da Lei nº 9.430/96). Recurso negado.” (ACÓRDÃO 203-09342 - 02/12/2003)

“(…) COFINS - COMPENSAÇÃO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - A mera afirmação, sem provas, da realização da compensação não autoriza a mesma ser considerada para os efeitos de fixação do crédito tributário exigido em auto de infração. Recurso negado.” (ACÓRDÃO 203-07160 - 20/03/2001).

“COFINS. COMPENSAÇÃO. COMPROVAÇÃO. A compensação é opção do contribuinte. O fato de este ser detentor de créditos junto à Fazenda Nacional não invalida o lançamento de ofício relativo a débitos posteriores, quando não restar comprovado, por meio de documentos hábeis, ter exercido a compensação antes do início do procedimento de ofício. (...). Recurso parcialmente provido.” (ACÓRDÃO 202-15007 - 13/08/2003).

Assim, não se justifica a reforma da r. decisão recorrida nesse particular, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, considerando que tanto na fase

instrutória, como na fase recursal, a ora a Recorrente não apresentou nenhuma evidencia concreta e suficiente para descaracterizar a autuação.

Isto posto, voto no sentido de **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário, apenas para cancelar as exigências fiscais do lançamento fiscal excogitado que se fundamentam na disposição legal inconstitucional e versam sobre receitas não operacionais que se inserem na base de cálculo julgada inconstitucional, mantendo no mais a r. decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Sala das Sessões, em 07 de outubro de 2011.

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA