S3-C3T2 Fl. 402

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

Processo nº	10680.011664/2006-40
Recurso nº	250.516 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº	**3302-00.408 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	01 de junho de 2010
Matéria	COFINS
Recorrentes	Samarco Mineração S/A
	DRJ- Belo Horizonte/ BH

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/07/1999 a 31/01/2004

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO DECADÊNCIA. LEI Nº 8212/91. INAPLICABILIDADE. SÚMULA Nº 8 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O prazo para constituição das contribuições sociais, incluindo as previdenciárias, é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Inteligência da Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal: *"São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário"*.

IMUNIDADE. RECEITA DE VENDA DE ENERGIA ELÉTRICA. NÃO APLICAÇÃO. RECEITA DE VENDA. TRIBUTAÇÃO.

As receitas decorrentes da venda de energia elétrica não estão alcançadas pelo manto da imunidade constitucional, devendo ser tributadas pela Cofins, posto que são receitas decorrente de faturamento (venda de mercadorias), independente da classificação contábil da receita adotada pela recorrente.

AUTO DE INFRAÇÃO. DEPÓSITO JUDICIAL. MANUTENÇÃO

Ainda que os valores discutidos estejam depositados judicialmente, o agente administrativo está obrigado a proceder ao lançamento dos valores, podendo fazê-lo por meio de auto de infração desde que neste não seja constituída penalidade de multa, uma vez que o contribuinte não procedeu à qualquer ilegalidade.

PAGAMENTO. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CANCELAMENTO PARCIAL DO AUTO DE INFRAÇÃO.

O auto de infração deve ser cancelado na parte em que exige valores já recolhidos e devidamente comprovados.

Documento de 59 página(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx pelo código de localização EP14.0323.11239.MT6I. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Verso em Branco - Original

MULTA DE OFÍCIO. VALORES DEPOSITADOS. INAPLICABILIDADE.

Descabe a aplicação da multa de ofício quando o crédito tributário lançado está garantido por depósito judicial.

Recurso de Ofício Negado e Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado em negar provimento ao recurso de ofício, por unanimidade de votos, e em dar provimento parcial ao recurso voluntário nos seguintes termos: I) por unanimidade de voto, reconhecer a decadência do lançamento até o período de apuração de setembro de 2001 e excluir do valor lançado os pagamentos realizados e relativos aos meses de maio e julho de 2002; II) por maioria de votos, excluir da base de cálculo o valor da receita do "Programa Portas Abertas", vencidos os conselheiros Walber José da Silva e José Antonio Francisco; e III) pelo voto de qualidade, manter a tributação das demais receitas de faturamento objeto do lançamento. Vencidos os conselheiros Fabiola Cassiano Keramidas, relatora, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barretos que excluíam a receita de venda de energia elétrica. Designado o Conselheiro Walber José da Silva para redigir o voto vencedor.

Walber José da Silva - Presidente e Redator Designado

Fabiola Cassiano Keramidas - Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Luis Eduardo G. Barbieri, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado (fls. 08/27) para o fim de constituir crédito tributário de COFINS – Contribuição ao Financiamento da Seguridade Social, relativo à diferença entre valores declarados/pagos e identificados como devidos pela fiscalização. Os fatos geradores incorreram nos períodos de julho/1999 a janeiro/2004 (fls. 15/21) ou seja, sob a égide da Lei nº 9.718/98 e a citação do auto de infração em 21/10/06.

A seguir transcrevo trecho do relatório constante da decisão de primeira instância administrativa (fls. 300/323), a qual retrata fielmente a verdade dos fatos, a saber:

> *"O contribuinte questionou judicialmente, pelo processo nº 1999.38.00.014056-7, a alteração da base de cálculo e majoração da alíquota da Cofins, promovidas pela Lei nº 9.718, de 1998. O Recurso Extraordinário por ele interposto foi conhecido e provido em parte, para julgar procedente a ação ordinária exclusivamente na parte concernente à ampliação da*

Documento de 59 página(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx pelo código de localização EP14.0323.11239.MT6I. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Verso em Branco - Original

base de incidência promovida pelo art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998, com trânsito em julgado em 13 de fevereiro de 2006.

A fiscalização constatou que ***o contribuinte não considerou como receitas da atividade****, para o cálculo da Cofins a depositar judicialmente e a recolher normalmente, as receitas auferidas a título de* ***"Receitas do Porto", "Receitas de Vendas de Energia", "Programa Portas Abertas" e "Receita Eventual de Aluguel/Serviços Portuários"****, que são inerentes à sua atividade, inclusive descritas em seu objeto social. Sobre tais receitas foram constituídos os respectivos créditos tributários.*

Sobre as receitas da atividade apuradas pelo autuado, foi constituída a diferença entre os valores que deveriam ser recolhidos com alíquota de 2% e os efetivamente recolhidos, e a diferença entre os valores que deveriam ser depositados judicialmente (1%) e os efetivamente depositados, conforme a planilha à fl. 53.

Considerando que a decisão do STF foi desfavorável ao contribuinte em relação à majoração da alíquota da Cofins, foram constituídos os valores depositados judicialmente a este título, não declarados em DCTF, sem o lançamento da multa de ofício. Esses valores devem ser extintos pela conversão em renda da União.

Os dispositivos legais infringidos constam na Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is) do referido Auto de Infração (fls. 12 e 14).

Irresignado, tendo sido cientificado em 24/10/2006 (fl. 08), o autuado apresentou, em 23/11/2006, acompanhadas dos documentos de fls. 244/257, as suas razões de defesa (fls. 224/243), a seguir resumidas:

Narrando os fatos considerados na formalização do presente Auto de Infração, argúi a ***decadência*** *do direito da Fazenda constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores de julho/1999 a setembro/2001, uma vez que a contribuição em foco se sujeita ao regime do lançamento por homologação, devendo ser observado o prazo qüinqüenal previsto no §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.*

No mérito, questiona as receitas apontadas pelo fisco que não teriam sido devidamente consideradas na base de cálculo da contribuição.

Quanto às receitas de porto e receitas eventuais de aluguel/serviços portuários, informa que, à exceção de vendas para o mercado interno, todas as receitas auferidas que não estão protegidas pela isenção prevista no art. 7º da LC nº 70, de 1991, e art. 149, §2º, I, da CF/1988 foram tratadas como demais receitas e depositadas judicialmente nos autos da ação nº 1999.38.00.014056-7, na qual operou-se a coisa julgada no sentido de se excluir a tributação.

Documento de 59 página(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx pelo código de localização EP14.0323.11239.MT6I. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Verso em Branco - Original

*Acrescenta que os valores obtidos por meio da **disponibilização da infra-estrutura portuária a terceiros** **visam o ressarcimento parcial das despesas operacionais** da sua atividade fim, que é a exportação. Dessa forma, não se pode atribuir à mera recomposição dos custos e despesas o caráter de receita.*

*Aduz, em relação ao período de novembro/2002 a dezembro/2003, que está havendo **cobrança em duplicidade**. Explica que, após outubro/2002, na conta 933101 (despesas com embarque/exportação de minério) não mais foram registradas as receitas eventuais de aluguel e serviços portuários, passando a serem registradas na conta 933311, conforme atestam os seus registros contábeis, em anexo. Assim, dentro da base de cálculo tomada pela fiscalização já estava contido o saldo da conta 933311, ou seja, foram imputados dentro da conta 933101 os valores apurados na conta 933311. Isso ocorreu porque a fiscalização não considerou os critérios adotados para registro de suas operações após novembro/2002.*

No que se refere às receitas de venda de energia, explica que, em vez de reter o crédito de energia elétrica de que dispunha durante o período de racionamento, transacionou o direito de uso de suas reservas de energia para outros consumidores, não havendo venda de energia, mas uma permissão de uso de suas reservas, o que desconfigura a exigência da Cofins em relação a essa operação. Destaca que a natureza jurídica dessas reservas tem caráter compensatório em função dos esforços relativos às metas atingidas, não se caracterizando como receita.

*Menciona também que **não faz parte de suas atividades a cessão ou transação de reservas de energia**. Suas atividades se limitam, dentre outras, conforme o contrato social, à produção e distribuição de energia elétrica voltadas para o consumo próprio. Assim, a cessão ou transação das reservas está incluída dentro do rol das demais receitas. Nesse sentido, lembra que obteve decisão judicial no processo nº 1999.38.00.014056-7, que resguarda a incidência da Cofins sobre as demais receitas, e que efetuou depósitos judiciais que abrangem tais receitas.*

*Ainda que tivesse, por hipótese, vendido as sobras de suas cotas de energia elétrica, a fiscalização não observou o teor do §3º do art. 155 da CF/1998, anteriormente à edição da EC nº 33/2001 e que vigia à época das supostas vendas de energia nos meses de agosto a dezembro de 2001. Isto é, **nenhum outro tributo, à exceção daqueles citados no §3º do art. 155, poderia ser cobrado em relação a operações com energia elétrica**. Assim, é inexigível a Cofins nos referidos períodos, já que essa contribuição está contida no gênero tributo. Sobre o assunto, transcreve julgado dos Conselhos de Contribuintes.*

*Sobre o **Programa Portas Abertas**, **que tem como objetivo viabilizar a visitação da comunidade às suas unidades**, constitui-se em investimentos ou dispêndios no campo social, sendo que a cobrança simbólica de valores para acesso às instalações sequer remunera os custos do programa, daí ser inadequado defini-la como receita. Desde a sua implantação, esse programa nunca gerou qualquer tipo de receita que pudesse ser considerada como base de cálculo da Cofins, mas sim*

Documento de 59 página(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/Publico/login.aspx pelo código de localização EP14.0323.11239.MT6I. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Versão em Branco - Original

prejuízo. Lembra, mais uma vez, que tendo sido declarada a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1988, na ação judicial nº 1999.38.00.014056-7, a incidência da Cofins sobre as demais receitas é absolutamente indevida. E o Programa Portas Abertas não faz parte das suas atividades, sendo mera deliberação em incentivar as comunidades no seu entorno.

Quanto à autuação pelo descumprimento de obrigação acessória, ou seja, ausência da declaração em DCTF dos valores recolhidos ou depositados judicialmente, entende ser ***indevida a constituição do crédito tributário por meio de lançamento dos depósitos judiciais****, regularmente efetuados. Por conta da parte da decisão no processo nº 1999.38.00.014056-7 que foi a ele desfavorável, a única providência que precisa tomar é requerer a conversão em renda dos depósitos, já que os mesmos são corrigidos mensalmente e correspondem à diferença de 1% que era discutida judicialmente.*

Acrescenta que a cobrança de juros pela taxa Selic em relação a depósitos judiciais que já são corrigidos mensalmente é verdadeira cobrança em duplicidade.

Esclarece que há um erro em relação aos valores de maio e julho de 2002, pois recolheu, para esses períodos, respectivamente, R$ 3.710,70 e R$ 133.614,81, referentes à alíquota de 2%. O que era discutido judicialmente, 1%, foi depositado, perfazendo os valores de R$ 1.855,75 e R$ 66.807,71. No entanto, o fisco requer a conversão em renda dos valores totais, R$ 5.566,05 e R$ 200.422,22 e o que pode ser convertido em renda da União é somente o que foi depositado judicialmente. Nesse caso também é indevida a incidência dos juros pela taxa Selic, uma vez que os depósitos já são corrigidos mensalmente.

Em havendo ***erro de preenchimento da DCTF, basta a apresentação da DCTF retificadora****, nos termos da MP nº 2.189-49, art. 18, e da IN SRF nº 166/1999, art. 1º, sendo desnecessária e contrária à legislação a exigência de juros ou multa. Assim, informa que providenciará a retificação da declaração. Conclui que o crédito tributário e os juros apurados em relação aos depósitos efetuados entre os meses de maio de 2002 e janeiro de 2004 são indevidos.*

Argumenta estarem incorretos os valores apurados pela fiscalização no demonstrativo de receitas da atividade para os períodos de junho e agosto de 2003, apontados na conta 930501 (Retificação vendas pelotas terceiros - País), conforme os registros contábeis que apresenta.

Em junho/2003 o saldo da conta 930501 de R$ 92.481,11 é referente a uma constituição de provisão, não sendo, pois, passível de tributação. E o que se tem como receita tributável no mês de agosto/2003 é o valor de R$ 100.442,00 e não R$ 229.851,59. Nesse mês, o saldo de R$ 229.851,59 era composto de R$ 95.492,93 referentes a estorno de provisão, R$ 224.902,52

Documento de 59 página(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx pelo código de localização EP14.0323.11239.MT6I. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Verso em Branco - Original

referentes à provisão, e R$ 100.442,00 referentes à venda, valor a ser considerado na base de cálculo.

A possibilidade de exclusão de provisões da base de cálculo da Cofins está presente no art. 3º, §2º, da Lei nº 9.718/1998 e no art. 22, V, do Decreto nº 4.524/2002. Sobre o assunto, transcreve julgado do Conselho de Contribuintes.

Insurge-se contra a possibilidade de aplicar-se a taxa Selic para o cômputo de juros moratórios em caso de créditos tributários, pelo fato de ela possuir natureza remuneratória e por implicar no aumento de tributo sem lei específica. A respeito, transcreve jurisprudência dos tribunais sobre a inconstitucionalidade da taxa Selic para fins tributários. Requer, caso se entenda pela aplicação de juros no presente caso, seja observada a regra do art. 161, §1º, do CTN.

*Entende que **a multa aplicada, no percentual de 75%, caracteriza verdadeiro desvio de finalidade e tem caráter confiscatório,** violando os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e capacidade contributiva, bem como o disposto no art. 150, IV da Constituição, que determina ser vedado utilizar tributo com efeito de confisco.*

Por fim, requer seja decretada a insubsistência do lançamento.

Em decorrência de suas alegações, retornaram-se os autos em diligência, nos termos da Resolução DRJ/BHE nº 734, de 29 de janeiro de 2007 (fls. 259/264)." (destaquei)

Após analisar as razões apresentadas pela Recorrente, bem como o resultado da diligência efetuada (fls. 291/295), a Primeira Turma da Delegacia de Julgamento de Belo Horizonte/MG, proferiu o acórdão nº 02-14.379 (fls. 300/318), por meio do qual decidiu-se pelo parcial provimento à impugnação apresentada, *verbis*:

"O prazo decadencial das contribuições que compõem a Seguridade Social - entre elas a Cofins - encontra-se fixado em lei.

O faturamento, base de cálculo da Cofins definida na Lei Complementar nº 70, de 1991, corresponde ao produto da atividade econômica do contribuinte, não sendo necessário que a receita seja oriunda de atividade expressamente definida no instrumento constitutivo da pessoa jurídica.

A imunidade prevista no §3º do art. 155 da Constituição Federal não impede a cobrança da Cofins sobre o faturamento das empresas que realizem atividades relativas à energia elétrica.

As normas reguladoras dos juros de mora que determinam a aplicação do percentual equivalente à taxa Selic encontram-se disciplinadas em lei.

No caso de lançamento de ofício, o autuado está sujeito ao pagamento de multa sobre os valores do tributo devido, nos percentuais definidos na legislação de regência."

Em resumo, os julgadores de primeira instância administrativa indeferiram os argumentos relativos à **decadência**; à não **conceituação de receita própria** à atividade das

Documento de 59 página(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx pelo código de localização EP14.0323.11239.MT6I. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Verso em Branco - Original

receitas "do Porto", "de Vendas de Energia", "Programa Portas Abertas" e "Receita Eventual de Aluguel de Serviços Portuários"; da **isenção/imunidade** da receita decorrente de venda de energia elétrica. Também mantiveram no auto de infração os valores que, apesar de depositados, não haviam sido lançados.

Todavia, acataram questões contábeis específicas e demonstradas em diligência, bem como à não incidência de multa e juros sobre os valores depositados, ressaltando que alguns valores não chegaram a ser depositados. Em virtude destas exonerações, consta **RECURSO DE OFÍCIO** a este Colegiado.

Inconformada, a Recorrente interpôs recurso voluntário por meio do qual pleiteou o cancelamento do auto de infração, pleiteando:

a. o reconhecimento da decadência dos valores referentes aos fatos geradores ocorridos no período de julho/99 a setembro/01;

b. a exclusão das receitas "do Porto", "de Vendas de Energia", "Programa Portas Abertas" e "Receita Eventual de Aluguel de Serviços Portuários" do conceito de atividade própria e, portanto, tributável pela Cofins, uma vez que a empresa possui ação judicial favorável neste sentido;

c. a imunidade das receitas decorrentes da venda de energia elétrica, nos termos do art. 195, inc. I e art. 155, § 3º, ambos da CF/88;

d. impossibilidade de manter a autuação em relação ao período que está depositado judicialmente;

e. especialmente em relação ao mês de maio e julho/2002, o valor autuado como relativo a 1%, em verdade refere-se a 3% da Cofins, o que certamente resultará na conversão de valores a maior em renda do Fisco;

f. inconstitucionalidade da multa na grandeza de 75% e da taxa Selic.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Fabiola Cassiano Keramidas, Relatora

Os recursos atendem os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual deles conheço.

Conforme relatado, trata-se de auto de infração lavrado para fim de constituir débitos de COFINS devidos pela Recorrente, empresa distribuidora de energia elétrica, em virtude do simples não recolhimento e/ou da realização de depósito judicial.

Em primeiro lugar passo a analisar o **RECURSO DE OFÍCIO**, apresentado em virtude de a exoneração parcial do crédito ter alcançado os limites legais.

Documento de 59 página(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx pelo código de localização EP14.0323.11239.MT6I. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Verso em Branco - Original

Da análise dos autos constatei que a decisão de primeira instância administrativa exonerou o contribuinte de parte da multa aplicada, em virtude de ter sido comprovado que o valor do principal estava depositado judicialmente nos autos do processo judicial nº 1998.38.00.014056-9. Com razão os julgadores administrativos, uma vez não recolhidos os valores porque depositados, não há infração a ser punida, logo, inexiste fundamento para aplicação de qualquer espécie de multa.

Os demais aspectos que geraram a desoneração tributária representam questões contábeis pontuais, informadas pelo contribuinte e comprovadas pelas autoridades administrativas quando procederam à diligência, razão pela qual **NEGO PROVIMENTO ao recurso de ofício apresentado.**

Analisado o recurso de ofício, passo a analisar as questões alegadas pelo contribuinte em seu **RECURSO VOLUNTÁRIO.**

(i) Decadência

Em sede de preliminar, reconheço ter ocorrido a **decadência dos fatos. geradores incorridos no período de julho/99 a setembro/01**; uma vez que a ciência do auto de infração se deu em **21/10/06.**

É de conhecimento geral que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao analisar os Recursos Extraordinários nº 55664, 559882 e 559943, declarou e reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, o que culminou na edição da Súmula vinculante nº 8, *in verbis*:

> *"São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº. 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário"*

A simples edição da citada súmula já é suficiente para o cancelamento parcial do presente auto de infração. Não apenas em razão de ser vinculante, mas em virtude de reconhecer a total inconstitucionalidade do dispositivo legal que pretendia majorar em mais 5 anos o prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir tributos.

(ii) Da Exclusão de Receitas do Conceito de Faturamento

Assim como esclarecido nos termos relatados, não resta dúvida de que a Recorrente possui a seu favor decisão judicial que lhe permite recolher o PIS e a Cofins sobre a restrita base de cálculo do faturamento (processo nº 1998.38.00.014056-9) . A questão que se coloca é: o que, exatamente, forma o faturamento da Recorrente ?

De acordo com seu estatuto social – fls. 245, Vol. II – a Recorrente tem como objeto as seguintes atividades, a saber:

> *"Art. 2º - A Companhia tem por objeto a pesquisa, lavra de minérios em todo o território nacional, industrialização e comercialização de minérios, **transporte e navegação no interior do porto, inclusive para terceiros**, importação, para seu uso, de equipamentos, peças sobressalentes e matérias primas, **produção e distribuição de energia elétrica** e comercialização de carvão, podendo ainda participar do capital de outras empresas como acionista ou quotista."(destaquei)*

Documento de 59 página(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx pelo código de localização EP14.0323.11239.MT6I. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Verso em Branco - Original

Em vista de tal definição, passo a analisar os itens contábeis que foram autuados pela fiscalização por terem sido considerados como resultado do faturamento da Recorrente. Vejamos.

Receitas do Porto/ Receita Eventual de Aluguel de Serviços Portuários. No dizer da Recorrente, tais receitas referem-se às atividades relacionadas à disponibilização da infra-estrutura do porto a terceiros e representam mera recuperação de custos da operação. Defende a Recorrente que se trata de atividade meio e que, na condição de exportadora, esta atividade representa despesa para a empresa. A receita, no entender da Recorrente, não estaria sujeita à tributação, posto que não constitui faturamento mas recomposição de custos.

Neste particular, entendo estar com razão a d. decisão de primeira instância administrativa. A Cofins exigida nos termos da Lei nº 9.718/98 é cumulativa, não incide sobre o lucro ou o resultado financeiro, mas sobre todos os valores resultantes de atividades vinculadas ao objeto social da empresa.

Ademais, não há, nos autos, a comprovação dos fatos alegados, de que tais valores representaram efetivamente custo, razão pela qual mantenho o auto de infração *in casu*.

Receitas Programa Portas Abertas. Conforme esclarecido pela Recorrente, trata-se de projetos sociais que têm como foco ações que estimulem a cidadania e o desenvolvimento das comunidades, priorizando áreas de educação e cultura. *"O projeto Portas Abertas está dentro do rol de Programas Sociais desenvolvidos pela Recorrente e tem como objetivo viabilizar a visitação da comunidade às unidades de Germano e Ponta Ubú. Tal projeto não constitui fonte de renda para a Recorrente e constitui-se, na verdade, em investimentos ou dispêndios no campo social. A cobrança simbólica de valores para acesso às instalações sequer remuneram os custos da atividade do programa, donde ser inadequado defini-la como receita."(defesa – fls. 335).*

Em relação às receitas obtidas com o Programa Portas Abertas, entendo estar com razão a Recorrente. Não há qualquer vinculação do objeto do Programa com o seu objeto social. Inexiste possibilidade de interpretar que tal valor compõe o faturamento da empresa.

Receitas de Vendas de Energia. No tocante à tributação das receitas decorrentes de vendas de energia, esclarece a Recorrente que não se trata de comercialização de energia, mas de permissão de uso de reservas de energia. Lembra que nos anos de 2000/2001 o país atravessou forte crise energética, em razão da qual o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 2.198-5/01, estabelecendo limites de utilização da energia, bem como percentuais de racionamento aplicáveis aos diversos setores da economia. A Recorrente, por ter investido na produção de energia própria, não utilizou toda a quantidade de energia que lhe havia sido disponibilizada, transacionando o direito de uso de suas reservas com outros consumidores. É o valor obtido com esta transação que o Fisco pretende incluir na base de cálculo da Cofins, por entender estar compreendido no objeto social da Recorrente, enquanto a empresa defende o caráter compensatório destas receitas.

Realmente diverge a natureza da receita obtida pela Recorrente. Ao transmitir o direito de uso de energia pública, a empresa não está negociando sua própria energia, produzida por seus próprios meios, em cumprimento ao seu objeto social, mas está disponibilizando energia produzida por empresas públicas. Neste sentido, transcrevo o excelente e bem fundamentado voto do Conselheiro Gileno Gurjão Barreto, proferido nos autos

Documento de 59 página(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx pelo código de localização EP14.0323.11239.MT6I. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Verso em Branco - Original

do processo administrativo nº 10680.011665/2006-94, que tinha por objeto a incidência do PIS nesta espécie de vendas, processo do mesmo contribuinte, a saber:

> *"Da não-caracterização das receitas com vendas de energia como receita tributável Em 1998, em decorrência da escassez e da contenção de energia elétrica relacionadas ao "apagão", foi concebido, no âmbito do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE, regulamentado pelo Decreto n° 2.655, de 2 de julho de 1998, o Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, do qual participariam as usinas hidrelétricas e algumas usinas termelétricas que tivessem direito legal à cobertura dos custos de combustíveis pela CCC, despachadas centralizadamente, com o objetivo de compartilhar, entre elas, os riscos hidrológicos.*
>
> *Em sede do MAE e do MRE foi estabelecido um regime especial de tributação em relação ao PIS e à COFINS, de que tratou o art. 32 da MP 66/2002, com vigência imediata a partir de 31/8/2002. O § 5° desse artigo determinou que as geradoras de energia elétrica optantes pelo regime especial de tributação poderiam excluir da base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS o valor da receita auferida com a venda compulsória de energia elétrica por meio do MRE.*
>
> *A contribuinte não fez prova de ser optante pelo regime especial de tributação e, portanto, não pode se beneficiar da norma constante do § 5° referido. Entretanto, a contribuinte é autoprodutora de energia e transacionou no MRE, em cumprimento do art. 16, caput e § 1°, da MP 2.198/2001, verbis:*
>
> *Art. 16. Os consumidores comerciais, industriais, do setor de serviços e outras atividades enquadrados no grupo B constante do inciso XXIII do art. 2º da Resolução ANEEL nº 456, de 2000, deverão observar meta de consumo de energia elétrica correspondente a oitenta por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000.*
>
> *§1° Caso o consumo mensal seja inferior à meta fixada na forma do caput, o saldo em kWh, a critério do consumidor, será acumulado para eventual uso futuro ou a distribuidora poderá adquirir a parcela inferior à meta, através de mecanismo de leilões na forma a ser regulamentada pela GCE.*
>
> *Prova de que essa receita é eventual encontra-se na Lei nº 9.427/96.*
>
> *Art. 26. Depende de autorização da ANEEL:*
>
> *I – o paroveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 30.000kW, destinado a produção independente ou autoprodução, mantidas as características de pequena central hidrelétrica; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 27-05-98).*
>
> *II – a compra e venda de energia elétrica, por agente comercializador; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 27-05-98).*
>
> *III – a importação e exportação de energia elétrica, bem como a implantação dos respectivos sistemas de transmissão associados; (Inciso dada pela Lei nº 9.648, de 27-05-98).*

Documento de 59 página(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx pelo código de localização EP14.0323.11239.MT6I. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Verso em Branco - Original

CONSELHO DE CONTRIBUINTES - MF - 3º CC
S3-C3T2
Fl. 407

IV – a comercialização, eventual e temporária, pelos autoprodutores, de seus excedentes de energia elétrica. (Inciso dada pela Lei nº 9.648, de 27-05-98).

E trata-se seguramente de autoprodutora, ex vi do art. 2º do Decreto nº 2003/1996:

"Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - Produtor Independente de Energia Elétrica, a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco;

II - Autoprodutor de Energia Elétrica, a pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo."

E finalmente, que:

Art. 14. A operação energética das centrais geradoras de produtor independente e de autoprodutor poderá ser feita na modalidade integrada ou não integrada.

1º Considera-se operação integrada ao sistema aquela em que as regras operativas buscam assegurar a otimização dos recursos eletroenergéticos existentes e futuros.

2º Sempre que a central geradora, em função de sua capacidade e da sua localização, interferir significativamente na operação do sistema elétrico, o contrato de concessão ou o ato autorizativo disporá sobre a necessidade de sua operação integrada, de acordo com os critérios e as regras de otimização do respectivo sistema, sujeita aos ônus e benefícios decorrentes.

3º A operação da central geradora integrada será determinada com base nos estudos realizados pelos órgãos responsáveis pela operação otimizada do sistema elétrico.

4º Fica assegurado ao produtor independente e ao autoprodutor, que operem na modalidade integrada, o recebimento de energia do sistema, de modo a garantir o cumprimento de seus contratos de fornecimento, nos casos em que for determinada a redução do despacho de suas usinas pelos órgãos responsáveis pela operação otimizada do sistema.

5º As usinas termelétricas destinadas a autoprodução operarão na modalidade não integrada, podendo ser interligadas ao sistema elétrico."

Caso da contribuinte.

Assim, as receitas decorrentes da venda compulsória de energia elétrica realizadas por meio do MRE nos períodos de apuração ora analisados constituem "outras receitas" da contribuinte e

Documento de 59 página(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx pelo código de localização EP14.0323.11239.MT6I. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Verso em Branco - Original

não são tributáveis, em razão do trânsito em julgado da decisão retromencionada, que, favoravelmente à contribuinte, declarou a inconstitucionalidade do § 1° do art. 3° da Lei 9.718. Dessa forma, dou provimento ao recurso, para determinar a exclusão dos valores referentes a receita de venda de energia elétrica da base de cálculo do PIS." (destaquei)

Em atenção ao exposto, portanto, entendo que devem ser excluídos da base de cálculo da Cofins, exigida nos termos da Lei nº 9.718/98, os valores referentes ao "Programa Portas Abertas" e as receitas decorrentes da venda de energia elétrica, mantendo-se os demais. Registro, ainda, que na hipótese dos valores mantidos na base de cálculo do tributo estarem depositados nos autos do processo judicial nº 1999.38.00.014056-7, deverão ser tomadas as devidas providências para a sua conversão em renda da União Federal.

(iii) Da Imunidade das Receitas de Venda de Energia Elétrica

Quanto à alegação de imunidade das receitas das receitas decorrentes da venda de energia elétrica, nos termos do art. 195, inc. I e art. 155, § 3º, ambos da CF/88, não assiste razão à Recorrente.

A incidência das contribuições ao PIS e Cofins sobre as receitas de venda de energia elétrica já foram analisadas exaustivamente pelos tribunais tendo, inclusive, gerado a edição da Súmula 659 do Supremo Tribunal Federal – STF – a saber:

"É Legítima a cobrança da Cofins, do Pis e do Finsocial sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país." (STF – Sessão Plenária de 24/09/2003 – DJ de 09/10/2003)

Em virtude destes fatos, indefiro o pedido da Recorrente de que fosse reconhecido seu direito à imunidade das receitas e conseqüentemente não incidência do PIS e Cofins.

(iv)Autuação do período depositado

Outra argumentação da Recorrente refere-se è impossibilidade de a fiscalização autuar período que se encontra depositado judicialmente. Incorreta a Recorrente. A autoridade administrativa pode e deve proceder ao lançamento de valores que estão depositados judicialmente e que não foram oportunamente lançados. Tal atitude, inclusive, consiste dever de ofício, pois é obrigação do agente administrativo zelar pelo patrimônio público, o que faz neste caso ao evitar a decadência do tributo, razão pela qual julgo improcedente os argumentos da Recorrente.

(v) Questão Contábil Específica

A Recorrente discute, ainda, questão contábil específica em relação ao mês de maio e julho/2002, registrando que o valor autuado como relativo a 1%, em verdade refere-se a 3% da Cofins, o que resultaria na conversão de valores a maior em renda do Fisco.

Ao analisar os documentos acostados aos autos – auto de infração fls. 13 e demonstrativo de apuração de valores fls. 53 – verifico que a Recorrente está com a razão. Assim como indicado no demonstrativo de apuração de diferenças não declaradas, restou constatado o seguinte:

Documento de 59 página(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx pelo código de localização EP14.0323.11239.MT6I. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Verso em Branco - Original

Fato Gerador	Valor Total Cofins	Valor Recolhido - 2%	Valor Depositado - 1%
Maio/2002	5.566,05	3.710,70	1.855,35
Julho/2002	200.422,22	133.614,81	66.807,41

Dos termos constantes do auto de infração – fls. 13 – a despeito de os agentes fiscais terem verificado o pagamento dos 2% da Cofins, constituíram a integralidade da Cofins devida, e não apenas o *quantum* depositado. Neste sentido, com razão a Recorrente, posto que o valor referente a 2% da Cofins encontra-se extinto pelo pagamento.

(vi) Da aplicação da Taxa Selic e da Multa de 75%

Finalmente, com relação à alegação de inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC, o art. 13 da Lei nº 9.065/1995 dispõe expressamente que, para fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1995, os juros de mora incidentes sobre tributos não pagos no vencimento, serão calculados, a partir de 01/04/1995, com base na taxa SELIC acumulada mensalmente. Por sua vez, o Código Tributário Nacional prevê que os juros moratórios serão calculados à taxa de 1% ao mês, se a lei não dispuser de modo diverso (art. 161, § 1º). No caso, a Lei dispôs de modo diverso, estando, também, em consonância com o CTN.

Ademais, o antigo Segundo Conselho de Contribuinte firmou entendimento de que a Taxa Selic deve ser aplicada para atualização dos débitos federais, conforme dispõe a Súmula nº 3, aprovada em Sessão Plenária do dia 18/09/2007 (DOU de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28), abaixo reproduzida:

> ***Súmula nº 3*** *- É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.*

Fica claro, portanto, que não há qualquer ilegalidade no cálculo dos juros de mora efetuado com base na taxa SELIC.

Mesmo entendimento se aplica à incidência de multa na grandeza de 75%, vez que a possibilidade de sua aplicação está prevista em lei. Qualquer alegação de constitucionalidade de sua aplicação – razoabilidade/proporcionalidade – devem ser levadas ao foro competente, no caso, o foro judicial.

Neste aspecto, registro que o Pleno do extinto Segundo Conselho de Contribuintes, em sessão realizada no dia 18/09/2007, decidiu que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão da legislação de regência com a Constituição Federal, atribuição reservada, no direito pátrio, ao Poder Judiciário (Constituição Federal, art. 102, I, "*a*" e III, "*b*", art. 103, § 2º; Emenda Constitucional nº 3/1993; Código de Processo Civil - CPC, arts. 480 a 482; RISTJ, arts. 199 e 200 e Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007, art. 49. Tal decisão resultou na Súmula nº 2, (DOU de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28), abaixo reproduzida:

Documento de 59 página(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx pelo código de localização EP14.0323.11239.MT6I. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Verso em Branco - Original

SÚMULA Nº 2 - O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

Ante o exposto, CONHEÇO dos recursos para o fim de NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício e DAR PARCIAL PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário, cancelando o auto de infração em relação ao período decaído - **julho/99 a setembro/01** – reduzindo os valores referentes aos meses de maio/02 e julho/02 para 1% da COFINS e determinando sejam excluídas da base de cálculo as receitas decorrentes do "Programa Portas Abertas" e a receita decorrente de venda de energia elétrica, reiterando que ao executar este acórdão deverão ser analisados os valores que foram depositados no processo judicial nº 1998.38.00.014056-9 para providências de conversão em renda da União Federal.

É como voto.

Fabiola Cassiano Keramidas

Voto Vencedor

Conselheiro Walber José da Silva, Redator Designado.

Acompanho a ilustre Conselheira relatora quanto ao recurso de ofício e, em relação ao recurso voluntário, também acompanho-a, exceto quanto a exclusão, da base de cálculo da Cofins, da receita de venda de energia elétrica e da receita do programa portas abertas.

Esclareço, preliminarmente, que fui vencido quanto à exclusão, da base de cálculo da Cofins, do valor da receita do "Programa Portas Abertas". Portanto, quanto a esta matéria, o Colegiado decidiu no mesmo sentido do voto da Conselheira relatora, ou seja, esta receita não integra a base de cálculo da Cofins.

Portanto, os fundamentos deste voto, naquilo de acompanho a Relatora, são os mesmos de seu voto.

Quanto à inclusão, ou não, da receita de venda de energia elétrica na base de cálculo da Cofins, matéria cuja relatora originária foi vencida, entendo que deve ser mantida a decisão recorrida, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, acrescidos dos fundamentos que se segue.

Para o mercado atacadista de energia elétrica foi estabelecido, mediante opção do contribuinte e a partir de 31/08/2002, um regime especial de tributação do PIS e da COFINS (art. 32 da MP 66/2002). As empresas optantes por esse regime especial poderiam excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor da receita auferida com a venda compulsória de energia elétrica (§ 5° do art. 22 da MP nº 66/2002).

A contribuinte não fez prova de ser optante pelo regime especial de tributação acima referido e, portanto, não pode excluir da base de cálculo a receita de venda (compulsória ou não) de energia elétrica.

Esclareça-se que energia elétrica é mercadoria (Capítulo 27 da TIPI) e, como tal, sua venda (eventual ou não) integra o conceito de faturamento. O fato de ser classificada,

Documento de 59 página(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx pelo código de localização EP14.0323.11239.MT6I. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Verso em Branco - Original

pela recorrente, como "outras receitas" em nada descaracteriza sua natureza de receita mercantil.

No mais, com fulcro no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999[1], adoto e ratifico os fundamentos do acórdão de primeira instância.

Por tais razões, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário para reconhecer a decadência do lançamento até o período de apuração de setembro de 2001 e excluir do valor lançado os pagamentos realizados e relativos aos meses de maio e julho de 2002.

Esclareço que o Colegiado decidiu, também, excluir da base de cálculo da Cofins a receita do programa portas abertas.

Walber José da Silva

[1] Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
[...]
§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Documento de 59 página(s) assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx pelo código de localização EP14.0323.11239.MT6I. Consulte a página de autenticação no final deste documento.
Verso em Branco - Original