



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11080.002142/2003-36
Recurso nº : 125.508
Acórdão nº : 201-78.315

MINISTÉRIO DA FAZENDA Segundo Conselho de Contribuintes Publicado no Diário Oficial da União De 23 / 12 / 05 VISTO
--

2º CC-MF
Fl.

Recorrente : AES SUL DISTRIBUIDORA GAÚCHA DE ENERGIA S/A
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

COFINS. DEPÓSITOS JUDICIAIS. LANÇAMENTO.

É cabível o lançamento de ofício para constituir o crédito tributário, relativamente a valores depositados no curso de ação judicial e não declarados pela pessoa jurídica.

DEPÓSITOS. LIMITES DA LIDE. EFEITOS.

Os depósitos judiciais, efetuados nos limites da lide, reputam-se integrais e suspendem a exigibilidade do crédito tributário.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os juros de mora não são exigíveis, relativamente a valores depositados que não podem ser levantados unilateralmente pelo autor da ação.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por AES SUL DISTRIBUIDORA GAÚCHA DE ENERGIA S/A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso**, nos termos do voto do Relator. O Conselheiro Walber José da Silva votou pelas conclusões. O Conselheiro Antonio Mario de Abreu Pinto declarou-se impedido de votar. Esteve presente ao julgamento o Advogado da recorrente, Dr. Marcelo R. de Araújo.

Sala das Sessões, em 12 de abril de 2005.

Josefa Maria Coelho Marques
Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

José Antonio Francisco
José Antonio Francisco
Relator

MIN DA FAZENDA - 2º CC
CONTINHA COPIA ORIGINAL
14 / 06 2005
VISTO

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maurício Taveira e Silva, Sérgio Gomes Velloso, Gustavo Vieira de Melo Monteiro e Rogério Gustavo Dreyer.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2ª CC
14 06 2005
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.002142/2003-36
Recurso nº : 125.508
Acórdão nº : 201-78.315

Recorrente : AES SUL DISTRIBUIDORA GAÚCHA DE ENERGIA S/A

RELATÓRIO

Trata-se de lançamento da Cofins, efetuado em 19 de março de 2003, relativamente a valores depositados em juízo, na Ação Judicial nº 1999.71.00.005920-1 (Mandado de Segurança), movida pela interessada contra a União Federal com o intuito de afastar a aplicação da Lei nº 9.718, de 1998. Os períodos relativos aos lançamentos são os de janeiro a setembro de 2002 e o lançamento referiu-se aos valores depositados, sem a exigência de multa de ofício.

Esclareceu a Fiscalização (fls. 109 a 111) que a sentença de primeira instância foi desfavorável à interessada e que o processo continuaria pendente no Tribunal Regional Federal.

Segundo o relatório de fls. 109 a 112, foram solicitadas informações da interessada a respeito da composição da base e cálculo da contribuição. Após efetuados os cálculos, foram descontados os valores pagos e depositados, apurando-se valores em aberto, constantes de dois outros processos administrativos.

Relativamente aos valores depositados, houve lançamento apenas para prevenir a decadência (com exigibilidade suspensa e sem multa de ofício). Desse lançamento é que trata o presente processo.

Após solicitação de fornecimento de cópias dos autos (fls. 129 a 151), a interessada apresentou a impugnação de fls. 152 a 163, acompanhada da documentação de fls. 154 a 187.

Preliminarmente, alegou que não deveria haver lavratura de auto de infração, em razão de estar suspensa a exigibilidade dos créditos tributários. Ademais, ainda que mantido o auto de infração, os juros moratórios deveriam ser cancelados.

A seguir, passou a discorrer sobre supostos erros na apuração dos valores.

Primeiramente, em relação às variações cambiais do mútuo com a empresa AES Cayman Guaíba, alegou que teria, claramente, optado pela tributação pelo regime de caixa (fls. 9 e 10). Entretanto, a Fiscalização não verificou (fls. 11 e 12) que deveriam ser excluídas essas variações da base de cálculo da contribuição, pelo fato de ainda não terem sido realizadas.

No tocante aos contratos para fornecimento de energia firmados com a Itaipu Binacional, informou que seriam atualizados com base no dólar norte-americano e que "Os valores vinham sendo apropriados, mas, em virtude da discussão judicial mantida com a União acerca da legalidade do Despacho Aneel nº 288/02, tais valores não haviam sido liquidados". As razões da exclusão seriam as mesmas do item anterior.

Por fim, alegou ser ilegal a utilização da Selic como taxa de juros de mora e que ainda haveria violação aos princípios da anterioridade, segurança jurídica e indelegabilidade da competência tributária.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2ª CC
PROCESSO Nº 11080.002142/2003-36
14 06 2005
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.002142/2003-36
Recurso nº : 125.508
Acórdão nº : 201-78.315

Após, juntou-se cópia do Acórdão da DRJ em Porto Alegre – RS, que julgou o lançamento relativo ao outro auto de infração já mencionado no início do presente relatório (fls. 189 a 201).

No tocante aos presentes autos, a DRJ manteve integralmente o lançamento (fls. 203 a 210), sob os argumentos de que a existência de depósitos não impediria sua realização; de que o montante integral de depósito, mencionado no art. 151 do CTN, seria aquele exigido pela Fazenda Pública (Súmula nº 112 do STJ); e de que inexistiria autorização para exclusão dos juros de mora.

O Relator esclareceu que os valores relativos às variações cambiais, na realidade, não constaram da presente autuação, mas daquela do Processo nº 11080.002144/2003-25 (Acórdão cujas cópias foram juntadas nas fls. 189 a 201).

Cientificada do Acórdão em 14 de outubro de 2003 (fl. 213), a contribuinte apresentou, em 12 de novembro, o recurso voluntário de fls. 214 a 226.

Contestou a afirmação do Acórdão de primeira instância, alegando que o depósito suspenderia a exigibilidade na medida do valor depositado e repetiu as alegações da impugnação, relativamente aos juros de mora.

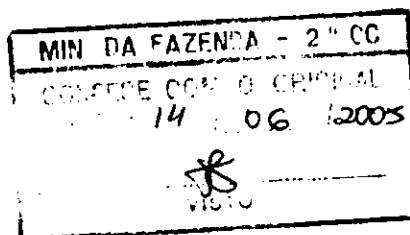
Após informação de que o arrolamento de bens teria sido efetuado em outros autos (fls. 227 e 228), o processo foi encaminhado para julgamento.

Solicitou-se, então, juntada aos autos da relação de bens para arrolamento (fl. 230), o que foi atendido nas fls. 231 a 233.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 11080.002142/2003-36
Recurso nº : 125.508
Acórdão nº : 201-78.315

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
JOSÉ ANTONIO FRANCISCO

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, razões pelas quais dele se deve tomar conhecimento.

No tocante às alegações preliminares, não cabe razão à recorrente, quanto à possibilidade de lançamento de valores depositados.

O fato de o crédito tributário estar suspenso não impede o lançamento, uma vez que a suspensão da exigibilidade atinge os créditos lançados. Ademais, a constituição do crédito tributário é atividade obrigatória e vinculada, nos termos do art. 142 do CTN, cabendo à autoridade administrativa cumprir o que determina a lei.

Como comprova a hipótese dos autos, somente depois de realizado o lançamento é que se pode discutir eventuais discordâncias em relação aos valores exigidos pelo Fisco.

Em relação ao mérito, cumpre inicialmente destacar o que fora observado pelo Relator do Acórdão de primeira instância, quanto ao fato de que a presente autuação não versa sobre os valores de variações cambiais, que são objeto do auto de infração lavrado sem suspensão de exigibilidade. Nesse contexto, a recorrente não voltou a abordar essas questões em seu recurso voluntário, que tratou apenas da integralidade dos depósitos e da utilização da taxa Selic.

No tocante a estas questões, também tratam basicamente de eliminar os juros moratórios, conforme argumentação da recorrente no primeiro parágrafo do item IV.1 de seu recurso (fl. 218).

Nesse contexto, a questão da suspensão da exigibilidade do crédito, em razão do depósito parcial, está atrelada à da exigência de juros. Se os depósitos suspendem os créditos tributários, então não há que serem exigidos os juros, uma vez que, na conversão dos depósitos em renda, não há cálculo de juros Selic.

Ademais, o regime jurídico dos depósitos judiciais em relação a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal foi alterado pela Lei nº 9.703, de 1998, e pelo Decreto nº 2.850, de 27 de novembro de 1998, abaixo reproduzido, que a regulamentou:

"Art 2º Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença ou decisão lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da efetivação do depósito até o mês anterior ao do seu levantamento, e de juros de um por cento relativamente ao mês em que estiver sendo efetivada a devolução; ou



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11080.002142/2003-36
Recurso nº : 125.508
Acórdão nº : 201-78.315

MIN DA FAZENDA - 2ª CC
COMISSÃO DE CONTAS
14 06 2005
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional.

Parágrafo único. A Secretaria da Receita Federal aprovará modelo de documento, a ser confeccionado e preenchido pela Caixa Econômica Federal, contendo os dados relativos aos depósitos devolvidos ao depositante ou transformados em pagamento definitivo.

Art 3º Os depósitos recebidos e os valores devolvidos terão o seguinte tratamento:

I - o valor dos depósitos recebidos será repassado para a Conta Única do Tesouro Nacional, junto ao Banco Central do Brasil, no mesmo prazo fixado pelo Ministro de Estado da Fazenda para repasse dos tributos e contribuições arrecadados mediante DARF;

II - o valor dos depósitos devolvidos ao depositante será debitado à Conta Única do Tesouro Nacional, junto ao Banco Central do Brasil, a título de restituição, no mesmo dia em que ocorrer a devolução.

§ 1º O Banco Central do Brasil providenciará, no mesmo dia, o crédito dos valores devolvidos na conta de reserva bancária da Caixa Econômica Federal.

§ 2º Os valores das devoluções, inclusive dos juros acrescidos, serão contabilizados como anulação do respectivo imposto ou contribuição em que tiver sido contabilizado o depósito.

§ 3º No caso de transformação do depósito em pagamento definitivo, a Caixa Econômica Federal efetuará a baixa em seus controles e comunicará a ocorrência à Secretaria da Receita Federal.

(...)

Art 5º Os dados sobre os depósitos recebidos, devolvidos e transformados em pagamento definitivo deverão ser transmitidos à Secretaria da Receita Federal por meio magnético ou eletrônico, independente da remessa de via dos documentos aos setores indicados em atos daquela Secretaria."

O texto regulamentar é claro no sentido de que os valores depositados em juízo pelo contribuinte:

- 1) são acrescidos de juros pela taxa Selic (art. 2º, I);
- 2) não ficam mais à disposição da Justiça, sendo repassados para a Conta Única do Tesouro Nacional (art. 3º, I), ficando desde logo à disposição da União;
- 3) não é mais possível levantar a garantia no curso do processo judicial, como ocorria anteriormente, já que agora os valores depositados só podem ser levantados ou convertidos em renda, mediante ordem judicial, após o desfecho do processo (art. 2º); e
- 4) a Receita Federal é comunicada de toda e qualquer movimentação nos depósitos.

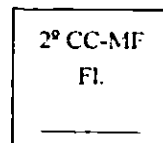
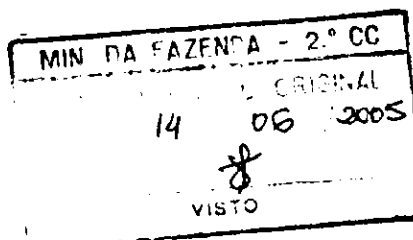
Assim, não sendo possível ao autor da ação levantar os depósitos, inexistente razão para manter a exigência dos juros.

Na conversão dos depósitos em renda da União, os juros a serem creditados serão os decorrentes do depósito e não do auto de infração (art. 3º, § 2º).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11080.002142/2003-36
Recurso nº : 125.508
Acórdão nº : 201-78.315



Caso, entretanto, trate-se de depósitos parciais, que não suspendem a exigibilidade, então os juros hão de ser mantidos, uma vez que, após esgotada a discussão administrativa, os débitos serão cobrados.

No Acórdão de primeira instância, ressaltou-se que a fiscalização ter-se-ia equivocado com o conceito de depósito integral.

Realmente, caberia, em princípio, razão ao Acórdão, uma vez que o depósito integral a que se refere o art. 151, II, do CTN, é aquele devido nos termos do entendimento do Fisco, conforme já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, na Súmula nº 112.

Mais propriamente o depósito deve referir-se ao objeto do litígio, correspondendo à parcela do tributo que o contribuinte entenda não ser devido e o Fisco entende ser. A parcela incontroversa deve ser recolhida e, caso não seja recolhida, deverá ser objeto de autuação ou de cobrança, dependendo do fato de ter sido declarada ou não.

Dessa forma, no presente caso, deveria corresponder o depósito àquilo que seria devido segundo as novas regras (no caso, Lei nº 9.718, de 1998), relativamente à legislação anterior.

Segundo as tabelas de fls. 8, 9 e 112, os valores apurados foram os seguintes:

Mês	Receita	Outras (*)	Exclusões (*)	Base de Cálculo	MAE	BC Ajustada	Cofins	Valor Pago	Depósito	Cofins
Janeiro	106.629.685,34	12.262.878,97	244.645,87	118.678.018,34	3.706.252,88	122.384.269,22	3.671.528,08		368.788,30	3.302.736,78
Fevereiro	100.775.403,71	51.012.631,29	48.009.148,96	102.778.885,02	54.310,83	102.833.195,85	3.064.995,86	3.045.922,73	171.688,33	(132.586,18)
Março	118.374.352,40	20.529.892,46	17.549.774,42	121.354.470,44	130.465,07	121.484.935,51	3.844.548,07	3.558.891,19	122.710,82	(37.053,84)
Abril	112.151.505,13	5.921.497,40	244.645,87	117.828.358,56	939.360,83	118.767.717,39	3.583.031,52		193.946,60	3.389.084,92
Maio	114.200.221,09	9.782.215,86	244.645,87	123.737.780,96	956.667,89	124.694.456,87	3.740.633,77		306.906,97	3.433.826,80
Junho	114.107.841,80	33.859.230,87	18.810.008,27	129.157.064,40	777.613,15	129.934.677,55	3.898.040,33		458.816,06	3.439.224,27
Julho	131.789.290,27	40.782.394,78	34.205.258,95	138.363.426,10	737.607,45	139.101.033,55	4.173.031,01		204.653,45	3.968.377,56
Agosto	117.502.938,26	304.170.036,95	299.746.103,31	121.926.871,90	89.785,84	122.016.657,54	3.660.499,13		140.057,39	3.520.441,74
Setembro	110.781.019,32	59.032.811,17	51.540.936,80	118.272.693,59	4.867.340,00	123.140.033,59	3.894.201,01		232.089,61	3.462.111,40

(*) A partir de 1/02/1999

Portanto, verifica-se que a parcela depositada é relativamente pequena, se comparada aos demais valores.

No tocante aos valores lançados no outro auto de infração, a ementa do Acórdão de primeira instância (Processo nº 11080.002144/2003-25, Acórdão DRJ/POA nº 2.632, de 24 de junho de 2003) disse o seguinte:

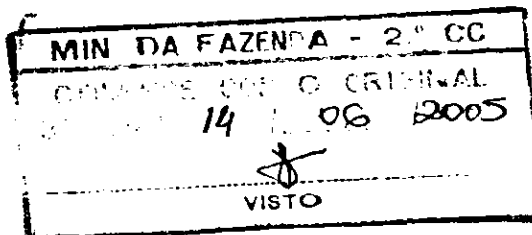
"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2002 a 30/09/2002

Ementa: Pis - Base de Cálculo - Cabível o lançamento sobre valores relativos às transações no Mercado Atacadista de Energia - MAE anteriores à MP 66/2002 e baseado nos documentos fornecidos pela autuada.



Processo nº : 11080.002142/2003-36
Recurso nº : 125.508
Acórdão nº : 201-78.315



A autoridade administrativa é incompetente para decidir sobre a constitucionalidade dos atos baixados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Lançamento Procedente".

O que se verifica é que a matéria em discussão no outro processo diz respeito às receitas do MAE - mercado atacadista de energia, anteriormente às alterações da MP nº 66, de 2002, e às variações cambiais ativas.

Portanto, essas parcelas não foram depositadas, nem recolhidas.

A tributação dessas receitas, segundo o que constou do processo administrativo relativo ao auto de infração, teria como base legal as disposições da Lei nº 9.718, de 1998.

No tocante ao MAE, a disposição em debate seria o art. 3º, § 2º, III, que foi revogado pela MP nº 1.991-18, de 2000, posteriormente incorporada pela MP nº 2.158-35, de 2001.

Trata-se de questão relacionada com a Lei nº 9.718, de 1998, mas que também tem relações com outros dispositivos legais posteriores.

Ademais, o litígio sobre a tributação de tais valores tem outros aspectos, resumidos, a seguir, no relatório do Acórdão da DRJ, relativamente ao Processo nº 11080.002144/2003-25:

"7. Também é relatado litígio envolvendo a AES Sul e a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, consubstanciado no processo judicial 2002.34.00.026509-0, Ação Ordinária interposta em 23/08/2002, junto à 15ª Vara da Justiça Federal em Brasília, na qual tenta anular ato administrativo (Despacho Aneel 288 de 16/05/2002, cópia a fls. 52) totalmente contrário a seus interesses, que considerou nula regra então vigente e que versava sobre a possibilidade de 'não opção pelo alívio de exposição' (operação contabilizada em dezembro de 2000) em relação às operações de compra de energia de Itaipu, o que facultava aos agentes do sistema elétrico nacional proteger-se ou não da diferença de preços entre os submercados.

8. Conforme a inicial (cópia a fls. 54/98), a impetrante teria optado pelo risco ao não registrar o 'alívio de exposição', auferindo em contrapartida, diferença em seu favor de R\$ 373.000.000,00, cifra que já estava devidamente contabilizada em seu balanço quando da mudança de regra, que acabou com a possibilidade de opção pelo alívio de exposição e determinou a reversão da operação contábil anteriormente efetivada e o conseqüente esvaziamento e perda do ganho pela exposição ao risco.

9. Diante do impasse jurídico entre a ANEEL (autarquia vinculada ao Ministério das Minas e Energia com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica) e a AES Sul, não podendo reconhecer tais valores como receitas, igualmente não os ofereceu à tributação de PIS e Cofins, situação com a qual houve concordância por parte da Fiscalização, até mesmo porque a determinação do não reconhecimento como receita partiu de uma autarquia federal.

10. Constatada a existência de depósitos judiciais (extratos a fls. 22/24) vinculados ao litígio versando sobre a constitucionalidade da Lei 9.718/1998, foram formalizados lançamentos de PIS e Cofins com exibibilidade suspensa, consubstanciados nos processos fiscais 11080.002147/2003-69 e 11080.002142/2003-36, respectivamente.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC		
14	06	2005
VISTO		

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.002142/2003-36
Recurso nº : 125.508
Acórdão nº : 201-78.315

11. A autuada, por sua vez, tempestivamente contesta o lançamento apontando equívoco da Fiscalização quanto à inclusão dos demais valores apurados no âmbito do MAE, não obstante o acerto quanto à impossibilidade de tributação dos valores relativos à não-opção pelo mecanismo de alívio de exposição aos riscos de mercado (contrato com Itaipu). Ataca a inclusão dos valores do Mae que sequer foram contabilizados como receitas, mas meros provisionamentos de valores que poderão, eventualmente, transformarem-se em receitas. Tais valores, pela própria definição da Lei 9.718/1998, não estão sujeitos à tributação, até mesmo porque 'representam mera apropriação contábil da valoração, mediante precificação, de determinados negócios de compra e venda de energia nesse particular Mercado'.

12. Aduz que o próprio Manual de Contabilidade dos Serviços de Energia dispõe que as concessionárias e permissionárias devem efetuar os registros contábeis com base em estimativas elaboradas pela sua própria administração, observando os princípios fundamentais de contabilidade. Reforça que os demonstrativos do MAE (pré-faturas), que embasaram o auto de infração são precários, pois somente teriam sido disponibilizados muito após o prazo para pagamento da contribuição, além de sofrerem frequentes modificações no que tange a valores. Afirma que até o final do ano de 2002 os valores das operações realizadas no âmbito do MAE não haviam sido liquidados, sendo que, em 20/12/2002, a Aneel emitiu a Resolução 763, pela qual os participantes estão autorizados a liquidar até 50% do saldo das operações contabilizadas no MAE em dezembro de 2002, sendo o restante liquidado após efetivação de auditoria e cronograma estabelecido pelo MAE. Assim, tais valores não se revestiriam da necessária liquidez e certeza para serem oferecidos à tributação. Faz paralelo entre a presente situação e acórdão emanado do STJ (RESP 320.455, 1ª Turma) versando sobre a impossibilidade de incidência de IRPJ sobre 'meros registros' de variação cambial contabilizada."

Assim, além das questões relativas à constitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, havia outras questões que levaram à recorrente a não efetuar os recolhimentos ou depósitos.

Situação semelhante ocorreu com as variações cambiais, uma vez que as mudanças da MP nº 1.991, de 2000, implicaram a adoção do regime de caixa para fins de tributação pelo PIS e pela Cofins.

O que se verifica, portanto, é que sobre as parcelas excluídas dos depósitos havia outras questões, além da constitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, que motivaram a interessada a não efetuar os respectivos depósitos judiciais.

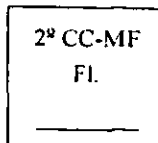
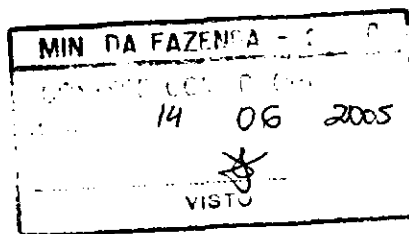
De resto, infere-se que não há outras diferenças não depositadas sem justificativas, ao menos segundo os documentos constantes dos autos.

Portanto, as parcelas depositadas referiram-se aos valores que são somente objeto do litígio judicial.

Nesse contexto, o procedimento da recorrente parece plenamente justificado, pois os valores depositados foram aqueles que seriam exigíveis se as disposições da Lei nº 9.718, de 1998, fossem inconstitucionais. Em relação às parcelas não depositadas e não recolhidas, embora tivessem relação com a referida lei, havia outras razões que levaram a recorrente a entender que não seriam devidas.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 11080.002142/2003-36
Recurso nº : 125.508
Acórdão nº : 201-78.315

Portanto, os valores depositados revelam-se integrais, dentro dos limites estritos da lide judicial, razão pela qual a exigibilidade dos créditos deve ser mantida e os juros de mora devem se excluídos.

No tocante às demais alegações, primeiramente há que se ressaltar que descabe, na esfera administrativa, a apreciação de matéria que verse sobre inconstitucionalidade de lei, a não ser nos casos previstos no art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

À vista do exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso para manter o lançamento, com exigibilidade suspensa, e para excluir os juros de mora.

Sala das Sessões, em 12 de abril de 2005.


JOSE ANTONIO FRANCISCO