



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

Processo nº 11070.000743/2010-52
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1101-001.223 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de dezembro de 2014
Matéria IRPJ E E OUTROS
Recorrentes DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE ENERGIA DE IJUÍ - DEMEI e FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

Ementa:

DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO ANTECIPADO. APLICAÇÃO DO ART. 173, INC. I, DO CTN. O Col. STJ, ao julgar o Recurso Especial n. 973.733/SC, pacificou o entendimento no sentido de que a regra do art. 150, §4º, do CTN apenas aplica-se quando identificado o pagamento, ainda que parcial, da exação. Tendo o julgamento do Recurso Especial n. 973.733 ocorrido sob a sistemática do art. 543-C do CPC, é de rigor a aplicação do art. 62-A do RICARF. No presente caso, restou incontroverso que não houve recolhimento de quaisquer quantias referentes aos tributos lançados, razão pela qual o prazo de decadência deve observar o disposto no art. 173, inc. I, do CTN.

NULIDADE. INCOMPETÊNCIA DOS AUDITORES FISCAIS. FISCALIZAÇÃO. ENTIDADE AUTÁRQUICA. O artigo 118, inciso I, do CTN autoriza os Auditores da Receita Federal do Brasil a analisarem a ocorrência ou não de fatos geradores tributários, de modo que, verificada a incompatibilidade jurídica de seu objeto com a Norma Constitucional, deve-se proceder ao lançamento de ofício dos tributos.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

Ementa:

PESSOA JURÍDICA CRIADA COMO AUTARQUIA MUNICIPAL PARA EXECUTAR, POR CONCESSÃO, SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO - SUJEIÇÃO TRIBUTÁRIA. O exercício pelo município, mediante concessão, de serviço público de competência da União, com cobrança de tarifas e nas mesmas condições

aplicáveis a empreendimentos privados, somente está abrigado pela imunidade constitucional, prevista no art. 150, §2º, se comprovado que todas as receitas foram auferidas na condição de longa manus e, cumulativamente, que não houve transferência, a qualquer título, do lucro (ou superávit primário) da Autarquia ao ente público ao qual está vincula. Precedente do Eg. Supremo Tribunal Federal (AgRg no RE n. 399.307/MG) e da Col. Câmara Superior de Recursos Fiscais.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

Ementa:

LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL. À Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL aplica-se a solução dada ao litígio principal relativo ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ no que couber, salvo se houverem fatos ou fundamentos jurídicos que impliquem em conclusão diversa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

Ementa:

LANÇAMENTOS DECORRENTES. COFINS. À Contribuição para o financiamento da seguridade social - COFINS, deverá ser aplicada a solução dada ao litígio principal relativo ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ no que couber, salvo se houverem fatos ou fundamentos jurídicos que impliquem em conclusão diversa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

Ementa:

RECURSO DE OFÍCIO. PIS/PASEP. RECOLHIMENTO TEMPESTIVO. VALOR SUPERIOR AO LANÇAMENTO. Apresentados comprovantes que, confrontados com os dados do Sistema da Receita Federal do Brasil, demonstram que o contribuinte recolheu a Contribuição para o PIS tempestivamente e, inclusive, em montante superior ao lançado de ofício, deve ser cancelada a autuação sob pena de tributação em duplicidade.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

Ementa:

MULTA DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE TRIBUTO. PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE. Em observância ao art. 142 do CTN, verificada a ausência de recolhimento ou quitação a menor da obrigação tributária, deve ser imposta a multa de ofício, nos termos do artigo 44, inciso I, da Lei n. 9.430/96.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Autenticado digitalmente em 05/02/2015 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em

05/02/2015 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 18/02/2015 por MARCOS AURELI

O PEREIRA VALADAO

Impresso em 24/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Acordam os membros da Primeira Turma Ordinária da Primeira Câmara da Primeira Seção de Julgamento, 1) por unanimidade de votos, REJEITAR a arguição de decadência; 2) por unanimidade de votos, REJEITAR a arguição de nulidade; 3) por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à descaracterização da imunidade, divergindo o Presidente Marcos Aurélio Pereira Valadão; 4) por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente aos principais exigidos, divergindo o Presidente Marcos Aurélio Pereira Valadão que aplica a legislação referente às autarquias no que tange à COFINS e à CSLL; 5) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício; e 6) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à multa de ofício.

(assinado digitalmente)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente

(assinado digitalmente)

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente), Benedicto Celso Benício Júnior (vice-presidente), Edeli Pereira Bessa, Paulo Reynaldo Becari, Antônio Lisboa Cardoso e Paulo Mateus Ciccone.

Relatório

O presente feito cuida de recurso voluntário interposto pelo Departamento Municipal de Ijuí – DEMEI que busca o cancelamento de Autos de Infração que exigiram **IRPJ** (R\$ 4.528.977,45); **CSLL** (R\$ 1.947.240,79), **COFINS** (R\$ 3.971.608,76); e **PIS** (R\$ 860.515,03), abrangendo os anos-calendários 2005 a 2008, contemplando apenas o principal, sem cômputo da multa de ofício em 75% e dos juros moratórios.

Na origem, a Fiscalização intimou o Recorrente a apresentar a documentação contábil para comprovação das receitas auferidas e o seu correto oferecimento à tributação, tendo o contribuinte apresentado tão somente cópia do Livro de Registro do ICMS, cópias das DCTFs e da Lei Municipal n. 3.057/1994, destacando que:

*“6. Em documento datado de 25.11.2009 (fl. 12 a 13), **declarou que o DEMEI foi instituído pela Lei Municipal 3.057 de 15.12.1994 (fls. 13 a 17), como entidade dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia financeira, patrimonial e administrativa. Declarou, também, que sendo uma Autarquia, estaria abrangida pela imunidade tributária garantida pela Constituição Federal. Desta forma, alguns dos documentos solicitados não seriam gerados em função de não ser de responsabilidade do departamento.**” (fl. 280, grifos acrescidos).*

Após sucessivas reintimações, inclusive para que se esclarecesse a origem das receitas contabilizadas nos Balancetes apresentados, bem como fossem apresentados os livros Contábeis (Diário, Razão e LALUR), o Recorrente manteve a defesa de que, *verbis*:

“O DEMEI não é sujeito passivo de obrigação tributária perante a União Federal. Se não está obrigado tributariamente, não será compelido a cumprir obrigações acessórias, ou seja, manter livros exigidos pelo Direito Comercial e livros fiscais, à disposição da Receita Federal.

[...]

Ex positis, repisando os argumentos já expostos anteriormente, entendemos que concessa máxima vênia [sic], o Departamento Municipal de Energia de Ijuí – DEMEI Autarquia Municipal criada para movimentar a concessão outorgada pela ANEEL ao Município de Ijuí, está desobrigado de atender à intimação da Receita Federal, no tocante ao objeto de sua expedição.” (fl. 267).

Diante do insucesso nas intimações e a reiteração da conduta defensiva do Contribuinte, a Fiscalização entendeu necessário diferenciar as conceituações de empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias, e analisar a aplicabilidade da IMUNIDADE, prevista do artigo 153, §§ 2º e 3º da Constituição Federal, ao Recorrente, concluindo que, *verbis*:

“24. Como visto, tanto sob o ponto de vista da Constituição Federal, como da legislação ordinária e da doutrina, as autarquias são constituídas para realização de atividades meramente administrativas ou de cunho social, não se prestando tal forma de constituição para o desenvolvimento de atividades de natureza econômica ou industrial.

25. Assim, apesar da fiscalizada ter sido criado por lei municipal, se constituindo em forma de Autarquia, o tratamento tributário ao qual se sujeita é aquele dispensado as empresas públicas, uma vez que desempenha atividade econômica (geração, compra e venda de energia elétrica, prestação de serviços, locação de postes). Repita-se que a fiscalizada cobra tarifas pela energia elétrica comercializada.

[...]

27. Atente-se que a fiscalizada vem cumprindo suas obrigações tributárias para com o Estado do Rio Grande do Sul, escriturando os livros exigidos pela legislação do ICMS, bem como calculando e recolhendo esse imposto, como consta nos Balancetes de Verificação de fls. 21 a 255, na conta Obrigações Tributárias e Contribuições.” (fls. 283/284, grifos originais).

Assim, por ter considerado que o Recorrente, a despeito de formalmente constituído sob a égide de Autarquia, exerce atividade econômica em regime idêntico aos dos demais empreendimentos de direito privado, *“o tratamento tributário a ela aplicável deve ser o mesmo dispensado às empresas públicas [...] as quais devem sujeitar-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não podendo gozar de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado”* (fl. 282).

Processo n.º 11070.000743/2010-52
Acórdão n.º **1101-001.223**

S1-C1T1
Fl. 4

Com base nessas premissas, foram lavrados os autos de infração impugnados, cuja base de cálculo para o Lucro Arbitrado foi extraída dos Balancetes de Verificação e esclarecimentos apresentados às fls. 271/276 e resumidos nos seguintes termos:

PA	RECEITAS APURADAS							
	LUCRO DE 9,6%			LUCRO 38,4%	ADICIONADAS AO LUCRO			
	VENDAS DE ENERGIA	COBRANCA DIV. ATIVA	TOTAL	PRESTACAO DE SERVICOS	RECEITAS FINANCEIRAS	RECEITAS LOCAÇÃO	MULTAS	TOTAL
jan/05	2.262.069,90	59.949,41	2.322.019,31	4.925,90	5.491,21		18.422,81	23.914,02
fev/05	892.963,16	1.253.446,14	2.146.409,30	1.943,46	14.636,02		19.276,31	33.912,33
mar/05	2.037.781,79	13.125,93	2.050.907,72	2.753,64			22.242,27	22.242,27
abr/05	1.497.818,99		1.497.818,99	775,35	54.767,29	38.419,92	9.637,86	102.825,07
mai/05	3.216.812,83		3.216.812,83	42.041,21	30.373,47	9.604,98	12.416,78	52.395,23
jun/05	2.272.126,90		2.272.126,90	11.981,56	71.597,11		5.298,30	76.895,41
jul/05	2.383.001,16		2.383.001,16	4.993,77	72,11	9.604,98	3.417,42	13.094,51
ago/05	2.414.159,77		2.414.159,77	1.501,49	40.941,36		35.580,56	76.521,92
set/05	2.274.724,57		2.274.724,57	4.865,70	52.054,56	9.604,98	36.709,95	98.369,49
out/05	2.154.775,68		2.154.775,68	-	51.692,35			51.692,35
nov/05	2.670.112,77		2.670.112,77	4.310,72			75.925,14	75.925,14
dez/05	2.792.563,18		2.792.563,18	1.915,76	104.374,82		47.110,44	151.485,26
jan/06	1.808.450,81	822.126,53	2.630.577,34	1.012,01	761,67	9.604,98	9.985,63	20.352,28
fev/06	2.029.876,06	372.941,35	2.402.817,41	1.249,75			13.008,84	13.008,84
mar/06	2.463.061,30	245.092,81	2.708.154,11	6.066,35	32.852,34		24.450,49	57.302,83
abr/06	2.208.396,85	93.741,77	2.302.138,62	9.105,62	46.684,58	57.629,88	28.210,40	132.524,86
mai/06	2.513.426,18	74.716,18	2.588.142,36	6.390,89			33.263,68	33.263,68
jun/06	2.754.570,65	91.581,49	2.846.152,14	10.946,32	274.268,65	19.209,96	41.016,06	334.494,67

jul/06	2.446.131,81	140.232,89	2.586.364,70	12.854,67	44.739,85	38.419,92	40.388,88	123.548,65
ago/06	2.312.256,31	106.165,04	2.418.421,35	8.576,03	63.555,04	9.604,98	36.986,59	110.146,61
set/06	2.482.136,65	81.843,30	2.563.979,95	36.907,30	67.355,31		34.607,83	101.963,14
out/06	2.430.092,34	36.732,10	2.466.824,44	11.154,82	58.274,55		35.197,60	93.472,15
nov/06	2.405.978,78	46.091,60	2.452.070,38	7.960,91	82.421,25		45.765,65	128.186,99
dez/06	2.817.560,76	63.159,04	2.880.719,80	12.721,41	133.666,38	38.419,92	40.677,49	212.763,79
jan/07	2.084.966,37	773.022,57	2.857.988,94	4.631,82	15,60	9.604,98	15.877,03	25.497,61
fev/07	2.319.375,95	343.717,27	2.663.093,22	1.723,66	45.069,33	19.209,96	20.903,83	85.183,12
mar/07	2.487.415,91	240.533,41	2.727.949,32	9.751,37	72.044,28		30.852,38	102.896,66
abr/07	2.835.970,44	138.220,43	2.974.190,87	5.739,78	92.951,96	19.209,96	39.617,82	151.779,74
mai/07	2.852.360,36	82.331,84	2.934.692,20	30.112,88	73.875,80		43.963,14	117.838,94
jun/07	2.563.930,44	48.241,19	2.612.171,63	10.020,45	129.892,65	9.604,98	45.660,50	185.158,13
jul/07	2.587.840,53	34.337,46	2.622.177,99	8.066,68	66.796,91	9.604,98	52.432,61	128.834,50
ago/07	2.753.369,95	52.082,23	2.805.452,18	11.148,36	17.601,62	9.604,98	43.791,49	70.998,09
set/07	2.800.986,12	71.175,20	2.872.161,32	10.627,07	160.621,47	9.604,98	44.059,80	214.286,25
out/07	2.860.956,33	23.227,20	2.884.183,53	13.037,34		19.209,96	42.108,37	61.318,33
nov/07	2.747.549,95	20.859,87	2.768.409,82	12.417,23	162.583,15		48.174,39	210.757,54
dez/07	3.380.184,40	29.789,03	3.409.973,43	10.836,81	79.716,73	9.604,98	52.740,18	142.061,89
jan/08	2.438.060,44	766.688,81	3.204.749,25	7.599,82	65.265,87	19.209,96	18.850,22	103.326,05
fev/08	2.829.475,01	409.824,74	3.239.299,75	2.569,79	102.508,94	9.604,98	27.228,59	139.342,51
mar/08	3.187.202,36	180.370,16	3.367.572,52	11.055,97	79.556,33	9.604,98	35.484,46	124.645,77
abr/08	3.335.756,49	69.349,57	3.405.106,06	4.496,42	91.485,19		54.696,15	146.181,34
mai/08	3.083.074,75	38.075,68	3.121.150,43	13.690,53	91.988,30	9.604,98	52.155,13	153.748,41
jun/08	2.994.631,02	39.451,15	3.034.082,17	11.586,81	102.926,77	20.559,42	50.364,09	173.850,28
jul/08	3.031.017,27	23.546,65	3.054.563,92	12.838,23	119.310,31		62.773,83	182.084,14
ago/08	2.990.205,00	26.768,74	3.016.973,74	24.542,49	112.161,23	23.496,48	50.320,32	185.978,03
set/08	3.376.004,64	9.839,79	3.385.844,43	14.211,73	117.729,08	37.158,13	57.666,31	212.553,52
out/08	3.140.958,72	12.658,72	3.153.617,44	9.996,94	127.566,26	23.496,48	50.060,33	201.123,07
nov/08	3.154.311,42	29.954,82	3.184.266,24	6.986,68	114.659,60		63.171,49	177.831,09
dez/08	3.555.735,10	21.919,75	3.577.654,85	13.402,64	127.706,25	26.518,64	64.163,05	218.387,94

29. No demonstrativo acima, as receitas da fiscalizada estão agrupadas conforme percentual de Arbitramento do Lucro, como a seguir discriminado:

- i) Arbitramento a 9,6% - Receitas de Vendas de Energia Elétrica e Recebimento da Dívida Ativa (nos balancetes registradas como Receita Industrial e Receita da Dívida Ativa);
- ii) Arbitramento a 38,4% - Receitas de Prestação de Serviços (nos balancetes registradas como Receita de Serviços)
- iii) Valores Adicionados ao Lucro – Receitas Financeiras, Receitas de Locação e Multas (nos balancetes registradas Receitas de Valores Mobiliários, Receita de Concessões e Permissões e Outras Receitas Correntes)” (fls. 284 e 285).

O contribuinte foi notificado pessoalmente em 28/02/2010 (fl. 286), tendo apresentado impugnação (fls. 398/437) que foi **julgada parcialmente procedente** pela E. DRJ em Santa Maria/RS, confirmando a insubsistência da formação jurídica do Recorrente diante da prevalência do regime de desenvolvimento de sua atividade econômica, mas cancelando o lançamento em relação ao PIS/PASEP, haja vista que o Contribuinte o recolheu no período oportuno, até em montante superior ao lançando pela Fiscalização. Confira-se a ementa daquele julgado, *litteris*:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2008.

A AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRENCIA

Se o auto de infração possui todos os requisitos necessários a sua formalização, estabelecidos pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, e se não forem verificados os casos taxativos enumerados no art. 59 do mesmo decreto, não é nulo o lançamento de ofício.

PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PERICIA

Considera-se não formulado o pedido de perícia que não atende aos requisitos legais. Ademais, ela é desnecessária porque é possível a apresentação de prova documental sobre as questões controversas e, principalmente, se os elementos trazidos aos autos são suficientes para o deslinde da questão.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2008

DECADENCIA. INOCORRENCIA.

Não havendo recolhimento antecipado, O termo inicial para contagem do prazo decadencial é de cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido realizado, conforme previsto no inciso I do artigo 173 do CTN.

PESSOA JURÍDICA CRIADA COMO AUTARQUIA MUNICIPAL PARA EXECUTAR POR CONCESSÃO, SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO – SUJEIÇÃO TRIBUTÁRIA

O exercício pelo município, mediante concessão, de serviço público de competência da União, com cobrança de tarifas e nas mesmas condições aplicáveis a empreendimentos privados não está abrigado pela imunidade constitucional.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2008

ARBITRAMENTO DO LUCRO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS DA ESCRITURAÇÃO COMERCIAL E FISCAL. CABIMENTO.

Cabível é o arbitramento do lucro quando O contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. *Contribuição para o PIS/PASEP, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e Contribuição Social sobre o Lucro - CSLL*

A solução dada ao litígio principal, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica, aplica-se, no que couber, aos lançamentos decorrentes, quando não houver fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa.

DEDUÇÃO DOS PAGAMENTOS DE PASEP

Quando da exigência de ofício da Contribuição para o PIS/PASEP, devem ser considerados os recolhimentos efetuados pelo contribuinte a título de PASEP relativos os mesmos períodos de apuração.

Impugnação Procedente em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte. (fls. 647/648, sem destaques no original)

Intimado em 11/08/2010, o Contribuinte interpôs recurso voluntário, suscitando as seguintes questões:

(i) Preliminarmente, aponta a decadência do lançamento referente às competências anteriores ao ano-calendário 2005, haja vista que os tributos exigidos seriam sujeitos à homologação e, portanto, seria aplicável o prazo do art. 150, §4º do CTN, e não aquele do art. 173, I do CTN;

(ii) Ainda em preliminar, a nulidade do auto de infração tendo em vista a incompetência dos Srs. Auditores Fiscais para descaracterizar uma entidade autárquica e tributá-la como se pessoa jurídica de direito privado fosse;

(iii) Nulidade da autuação, haja vista que o Contribuinte não seria sujeito passivo das contribuições exigidas – CSLL, PIS e COFINS;

(iv) No mérito, sendo uma autarquia e executando serviços de competência da União, na condição de entidade de direito público concessionária daquele serviço, aduz que auferir as mesmas vantagens tributárias do ente a que está ligada (Município de Ijuí/RS), já que preenche todos os requisitos legais para usufruir da imunidade prevista no art. 150, §2º da Constituição Federal;

(v) Ressalta que a exceção contida no §3º, do art. 150 da CF/88 não lhe é aplicável, como entendeu o acórdão recorrido, pois os serviços de fornecimento e distribuição de energia consistem em atividades essenciais e próprias do Poder Público, não configurando-se como exploração de atividade econômica;

(vi) Esclarece, ainda, que a Autarquia não apura lucros ou prejuízos, mas superávits ou déficits, restando inequívoca a insubsistência do lançamento ao IRPJ e à CSLL, esta última ainda corroborada pelo Ato Declaratório Normativo CST n. 17, de 30/11/90;

(vii) No que tange ao PIS e à COFINS, aduz não ser contribuinte desses tributos, pois a legislação define como sujeito passivo as pessoas jurídicas de direito privado, qualificação jurídica na qual não está revestida;

(viii) Por fim, alega ser impossível a aplicação de multa de ofício entre pessoas de direito público.

Em razão da exoneração procedida pela E. DRJ/STM ter ultrapassado o valor estipulado pela Portaria MF n. 03, de 03 de janeiro de 2008, foram os autos remetidos a este E. Conselho também para apreciação do Recurso de Ofício, nos termos do art. 34, I do Decreto n. 70.235/72.

É o relatório.

Voto

Conselheiro BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR:

I – Das preliminares

Como relatado, o Recorrente entende que houve decadência de parte do período apurado pela Fiscalização, bem como que o lançamento seria nulo, seja pela incompetência dos Srs. Auditores Fiscais para o fiscalizarem e desconsiderarem a sua natureza

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

Autenticado digitalmente em 05/02/2015 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 05/02/2015 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 18/02/2015 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 24/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

jurídica, seja por vício no critério pessoal, haja vista não se enquadrar na definição legal de sujeito passivo da CSLL e COFINS. Vejamos cada grupo, isoladamente.

1.1 – Da decadência

O Recorrente, reiterando a preliminar rechaçada pela E. DRJ/STM, afirma ser inaplicável ao caso o disposto no art. 173, I do CTN, tendo em vista a existência de disposição legal específica para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, sendo que o não recolhimento da exação não teria o condão de modificar aquela regra, *verbis*:

“Repise-se: a natureza jurídica do tributo é definida pelo arquétipo legal existente relacionado à forma de sua constituição. Se o contribuinte deixa de fazê-lo tal como estipulado na lei tributária, esta conduta omissiva tem, ao máximo, o condão de gerar para a administração tributária o dever (atividade vinculada) de buscar, coercitivamente, mediante a adoção de medidas administrativas e, se necessário, judiciais, a cobrança do crédito tributário.

Todavia, o tributo permanece regido pelo mesmo regime jurídico. Por conseguinte, a regra aplicada deve ser a mesma, qual seja do artigo 173, inciso I do CTN.” (fl. 689, grifos originais).

A despeito dos argumentos erigidos, creio que a questão não comporta maiores discussões no âmbito administrativo, devendo ser afastada a preliminar.

Isso porque é inequívoco nos presentes autos que o Recorrente **efetivamente deixou recolheu** quaisquer quantias a título de IRPJ, CSLL e COFINS, por entender estar abrangido pela imunidade prevista no art. 150, §2º da CF/88, razão pela qual deve ser observado o prazo decadencial quinquenal previsto no art. 173, I do CTN, em detrimento daquele previsto no art. 150, §4º. Confirmam-se esses dispositivos:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Com efeito, em situações como a presente, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento, ao julgar o **repetitivo REsp 973.733/SC**, no sentido de que apenas aplica-se o disposto no art. 150, § 4º do CTN quando comprovado o recolhimento, ainda que parcial, da exação, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).(...) (REsp n. 973.733/SC; Min. Luiz Fux; DJ 18.9.2009; sem grifos no original).

Assim, em observância ao disposto no art. 62-A do RICARF e considerando que o Recorrente foi notificado da autuação em 28/04/2010, inexistente a alegada decadência das competências do ano-calendário 2005, observando-se o art. 173, I do CTN.

Diante dessas considerações, REJEITO a preliminar de decadência arguida.

I.2 – Das nulidades do auto de infração

Entende o recorrente que os lançamentos seriam nulos porque (i) houve “*erro na identificação do sujeito passivo tendo em vista o fato do Recorrente não ser sujeito passivo da COFINS e da CSLL*” (fl. 691); (ii) careceria de competência o “*auditor fiscal para descaracterizar a natureza jurídica de autarquia municipal*” (idem); (iii) quanto à CSLL, não poderia ser exigida por “*pessoas jurídicas que desenvolvem atividades sem fins lucrativos*” (fl. 698); e (iv) quanto à COFINS, que “*referida legislação aplica-se tão somente às pessoas jurídicas de direito privado*” (fl. 706).

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 1.700-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 05/02/2015 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em

05/02/2015 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 18/02/2015 por MARCOS AURELI

O PEREIRA VALADAO

Impresso em 24/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Da análise dos extensos fundamentos que embasam as alegações de nulidade acima resumidas, identifico que, à exceção do item (ii), todas as demais se fundamentam na mesma premissa jurídica: **o Recorrente é uma autarquia e, portanto, a ele não se aplicam as legislações indicadas no auto de infração porque se referem estritamente às pessoas jurídicas de direito privado**, sendo, portanto, nulo o auto de infração em relação à COFINS e CSLL.

Tais questionamentos, contudo, confundem-se com o mérito do recurso voluntário, motivo pelo qual serão analisados oportunamente abaixo.

Em relação à alegada incompetência dos Srs. Auditores Fiscais, entendo ser equivocado o entendimento do Recorrente de que teria havido uma descaracterização da sua qualificação autárquica, à margem de qualquer permissão legal (fl. 692), para lançamento dos créditos exigidos.

Pelo contrário, nos termos do art. 118, I, do CTN, os Srs. Auditores tomaram “*como ponto de partida a Norma Constitucional*” para analisar, preliminarmente à autuação, a situação fática e jurídica do Recorrente e verificar precisamente o seu alegado enquadramento como entidade autárquica. A partir da rejeição dessa qualificação, é que foram lançados os tributos e as penalidades.

Esse procedimento foi ratificado pela r. decisão *a qua*, ao afirmar que, em relação à conceituação e diferenciação entre autarquia, empresa pública e sociedade de economia mista, “*a Constituição Federal tomou emprestado os respectivos conceitos jurídicos em um ato anterior a ela própria*” (fl. 660), concluindo, nos termos do artigo 118, I, do CTN, ser fato “*que a atividade exercida pela autuada tem natureza e se identifica como sendo de pessoa jurídica de direito privado, e como tal deve ser tributada*” (fl. 663).

Assim, REJEITO a alegada nulidade por incompetência dos Srs. Auditores Fiscais, os quais procederam nos termos artigo 118, I, do CTN, sendo que eventual equívoco ou inaplicabilidade dos dispositivos legais indicados na autuação são questões a serem analisadas no mérito do presente voto.

II – Do recurso de ofício. Exclusão dos créditos do PIS/PASEP

O recurso de ofício preenche os requisitos de admissibilidade e deve ser conhecido, eis que o crédito exonerado pela r. decisão *a qua* refere-se ao PIS/PASEP, cuja exigência era de R\$ 860.515,03, acrescido de multa de ofício de 75% (R\$ 645.386,10) e juros moratórios atualizados até abril/2010 (R\$ 282.538,59).

A E. DRJ/STM julgou parcialmente procedente a Impugnação do Contribuinte para excluir a exigência referente ao PIS/PASEP, por confirmar que, a partir dos **registros nos Sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil** (extratos às fls. 638/646), teria havido recolhimento dessa contribuição até em montante superior ao exigido no lançamento de ofício, razão pela qual eventual manutenção dessa exigência implicaria no *bis in idem*.

Assim, sendo incontroversa a existência de recolhimentos que foram realizados antes de quaisquer procedimentos fiscal e que “*os valores recolhidos no período no*

montante de R\$ 939.863,31 [...] ultrapassam o total lançado no Auto de Infração do PIS/PASEP de R\$ 860.515,03” (fl. 667), de modo que deve ser mantido a exclusão dessa cifra do lançamento impugnado.

Por tais razões, diante da existência de documentação hábil, NEGÓcio provimento ao recurso de ofício e mantenho a exclusão dos créditos referentes ao PIS/PASEP.

III – Do recurso voluntário. Qualificação jurídica do Contribuinte

Inicialmente, cumpre aferir a tempestividade do Recurso Voluntário.

O Recorrente foi intimado da r. decisão recorrida em 11/08/2010, conforme AR juntado à fl. 676. Assim, o trintídio legal para interposição do recurso iniciou-se em 12/08/2010 (quinta-feira), findando em 10/09/2010 (sexta-feira), sendo tempestivo o voluntário interposto naquela data.

Nesse quadro, preenchido os requisitos legais, CONHEÇO do recurso voluntário.

Tendo em vista as considerações até aqui expostas, é evidente que toda a controvérsia consiste em definir (i) ser, ou não, possível estender à Autarquia, que presta serviço público mediante a contraprestação de seus usuários por meio de preço público ou tarifa, imunidade prevista no art. 150, §2º à; ou (ii) se essa contraprestação seria suficiente para aplicar a exceção prevista no §3º daquele mesmo dispositivo Constitucional.

Confira-se a dicção dos dispositivos constitucionais citados:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

O Recorrente é Autarquia Municipal, criada pela Lei Municipal n. 3.057/1994, alterada pela Lei n. 4.378/2004, dotada de autonomia financeira, patrimonial e administrativa e encarregada dos serviços de “*administrar o acervo do serviço de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica na área de concessão da Prefeitura Municipal de Ijuí*”, dentre outras competências, conforme estabelece o art. 2º da Lei n.3.057/94 (fls. 446/449).

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

Autenticado digitalmente em 05/02/2015 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em

05/02/2015 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 18/02/2015 por MARCOS AURELI

O PEREIRA VALADAO

Impresso em 24/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A exploração desse serviço público de distribuição de energia elétrica foi concedida por meio de Contrato de Concessão n. 85/2000 (fls. 470/486), firmado entre a União, por meio da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, e o Recorrente, com a anuência e interveniência da Prefeitura Municipal de Ijuí. Nesse mesmo instrumento, foi definido que *“pela prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica que lhe é concedido por este Contrato, a concessionária cobrará as tarifas homologadas pela ANEEL”* (fl. 478, cláusula sétima do contrato).

Diante desse contexto é que a Fiscalização entendeu que, a Prefeitura de Ijuí, ao explorar, por concessão e por meio de sua Autarquia, a atividade de outro ente federativo, deve se submeter a todas as regras, inclusive tributárias, aplicáveis aos empreendimentos privados, da mesma forma que se submetem as empresas públicas e as de economia mista.

Pois bem.

É notório que, como salientado pelo v. acórdão recorrido, a Constituição Federal, em quase a totalidade das oportunidades, utiliza conceitos e definições que não são retiradas de seu próprio contexto, mas de legislação pretérita.

A definição de Autarquias, Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista está expressamente prevista no art. 5º do Decreto n. 200 de 1967 que dispõe sobre a organização da Administração Federal, sendo certo que seus conceitos aplicam-se, atualmente, também às esferas Estaduais e Municipais, *verbis*:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

*I - **Autarquia** - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, **para executar atividades típicas da Administração Pública**, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.*

*II - **Empresa Pública** - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a **exploração de atividade econômica** que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)*

*III - **Sociedade de Economia Mista** - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a **exploração de atividade econômica**, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)*

A interpretação literal desse dispositivo, como procedido pelos Srs. Auditores Fiscais e pela E. DRJ/STM, implica no inafastável reconhecimento de que o Recorrente jamais poderia ter sido instituído sob a forma de Autarquia, como procedido pela Lei Municipal n. 3.057/1994, haja vista que essas entidades **não** podem *explorar atividade econômica*, competência restrita às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

Assim, sob essa visão, caberia tão somente verificar se a atividade desenvolvida pelo Recorrente se enquadraria ou não no conceito de “*atividades típicas da Administração*”, tendo a E. DRJ/STM concluindo que atividades econômicas, assim entendidas aquelas em que há faculdade de contratação onerosa entre o usuário e o prestador, como a desenvolvida pelo Recorrente, não se enquadram naquele conceito, *verbis*:

“Nesse caso, vale salientar que o DEMEI (concessionário de distribuição de energia elétrica) equipara-se à empresa pública, uma vez que às autarquias só devem ser outorgados serviços públicos típicos e não atividades industriais ou econômicas, ainda que de interesse coletivo. Ademais, a exploração dessa atividade por entidade municipal não poderá gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Logo, apesar de a Lei Municipal nº 3.057 de 1994, que a criou [...] ter criado a interessada sob a forma de uma autarquia, sua atividade se identifica como sendo de pessoa jurídica de direito privado (mais especificamente a de uma empresa pública, já que também não se enquadra no conceito de sociedade de economia mista, pois seu capital não é dividido em ações).” (fl. 663, grifei).

Contudo, a interpretação daquele dispositivo do Decreto n. 200/67 não pode analisado individualmente.

Icto oculi, registro **não comungar** do entendimento da Fiscalização e da D. DRJ/STM de que a simples cobrança de tarifas pela Autarquia seria suficiente para descaracterizar a atividade como tipicamente administrativa para econômica, eis que essa contraprestação tanto pode (i) implicar no aumento da Receita do ente político, por meio de repasses da entidade, gerando um acréscimo patrimonial; quanto pode (ii) ser apenas revertida em benefício da entidade e em melhorias dos serviços prestados, beneficiando toda a população.

Assim, é imprescindível definir a possibilidade de se estender a imunidade recíproca prevista no supracitado art. 150, §2º da CF/88 também às entidades autárquicas que, a despeito de prestarem serviços públicos com natureza econômica, **não têm qualquer interesse lucrativo e mantêm-se adstritas às suas finalidades**, conforme prevê a parte final daquele dispositivo.

Nessa senda, entendo *mister* considerar o entendimento proferido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no RE n. 399.307/MG, no qual o Exmo. Relator, Ministro Joaquim Barbosa, pontua quais os **requisitos** devem ser observados para que se possa concluir se a uma determinada autarquia ou empresa pública, deve ou não ser estendida a imunidade recíproca, *verbis*:

“Portanto, é aplicável a imunidade tributária recíproca às autarquias e empresas públicas inequívoco serviço público, desde que, entre outros requisitos constitucionais e legais:

- 1) Não distribuam lucros ou resultados direta ou indiretamente a particulares, ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva);*
- 2) Não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência).”* (destaquei)

Colhe-se do voto de S. Exa. os seguintes excertos, seguidos da ementa do julgado:

“Definem o alcance da imunidade tributária recíproca sua vocação para servir como salvaguarda do pacto federativo, (i) para evitar pressões políticas entre entes federados ou (ii) para desonerar atividades desprovidas de presunção de riqueza.

Para proteger o pacto federativo, a norma de imunidade define negativamente a competência tributária dos entes federados. Como proteção de um ente federado é feita em detrimento do direito fundamental de outro ente federado à tributação, somente as materialidades ligadas inexoravelmente ao exercício de funções estatais e de estritos serviços públicos estão abrangidos pelo benefício. Em suma sociedade caracterizada pela livre-iniciativa de mercado e pela concorrência, as atividades de exploração econômica denotam inequívocos signos presuntivos de riqueza, e, portanto, não escapam à tributação pela circunstância de serem desempenhadas pelo Estado em qualquer de suas manifestações.” (trechos do voto, grifos originais).

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. AUTARQUIA. SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO. ATIVIDADE REMUNERADA POR CONTRAPRESTAÇÃO. APLICABILIDADE. ART. 150, §3º DA CONSTITUIÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. 1. Definem o alcance da imunidade tributária recíproca sua vocação para servir como salvaguarda do pacto federativo, para evitar pressões políticas entre entes federados ou para desonerar atividades desprovidas de presunção de riqueza. 2. É aplicável a imunidade tributária recíproca às autarquias e empresas públicas que prestem inequívoco serviço público, desde que, entre outros requisitos constitucionais e legais não distribuam lucros ou resultados direta ou indiretamente a particulares, ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva) e não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência). 3. O Serviço Autônomo de Água e Esgoto é imune à tributação por impostos (art. 150, VI, a e §§ 2º e 3º da Constituição). A cobrança de tarifas, isoladamente considerada, não altera a conclusão. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento.” (RE 399307 AgR, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe 30-04-2010, destaques acrescidos).

Assim, a imunidade prevista no art. 150, §2º da Constituição Federal é extensível às autarquias se comprovada a conjugação dos requisitos legais, constitucionais e, ainda, não houver qualquer forma de distribuição de lucro (ou superávit) ou desempenho de atividade tipicamente econômica.

Esse posicionamento já foi adotado pela Egrégia Câmara Superior deste Conselho, **em situação similar a presente**, inclusive envolvendo autarquia concessionária de distribuição de energia elétrica, conforme se depreende do Acórdão n. 9101-00.985, *verbis*:

“REGIMENTO INTERNO CARF – DECISÃO DEFINITIVA STF E STJ – ARTIGO 62A DO ANEXO II DO RICARF – Segundo o artigo 62A do Anexo II do Regimento Interno do CARF, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C do Código de Processo Civil devem ser reproduzidas no julgamento dos recursos no âmbito deste Conselho. IRPJ E OUTROS – DECADÊNCIA – O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia, pacificou o entendimento segundo o qual para os casos em que se constata pagamento parcial do tributo, deve-se aplicar o artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional; de outra parte, para os casos em que não se verifica o pagamento, deve ser aplicado o artigo 173, inciso I, também do Código Tributário Nacional. O Superior Tribunal de Justiça assevera que o dies a quo, neste caso, é o primeiro dia do exercício à ocorrência do fato impositivo. IRPJ – AUTARQUIA MUNICIPAL – CONCESSÃO FEDERAL – DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – IMUNIDADE – ART. 150, § 3º DA CF – A exploração, por autarquia municipal, da atividade de distribuição de energia elétrica, realizada em face de concessão outorgada pela União Federal, embora possa se configurar como serviço público de caráter essencial vinculado a atividades próprias do Estado, deve ser qualificada como atividade econômica, mormente quando a prestadora auferir receitas não relacionadas à atividade principal ou participa do capital social de empreendimentos privados, inexistindo, por outro lado, previsão contratual específica e esperada nos contratos de concessão em que se verifica típica situação de desenvolvimento de atividade como “longa manus” do Estado.” (Acórdão n. 9101-00.985, Relatora Conselheira Karem Jureidini Dias, DJ 24/05/2011, destaquei).

Cumpra-se, contudo, que tal entendimento foi adequado – em sede de aclaratórios – para acrescentar que, tratando-se de atividade econômica, é inerente a disponibilidade financeira da receita operacional, sendo certo que tal montante deve ser totalmente vertido em favor da Autarquia (reinvestimentos, desenvolvimentos, etc.), sob pena configurar distribuição de valores e ferir o entendimento supracitado do C. STF.

Confira-se a conclusão do voto da Il. Conselheira Karem Jureidini Dias:

“Quaisquer ingressos auferidos na condição de longa manus do Estado, que são totalmente reinvestidos nas obras ou serviços de eletricidade por força do artigo 4º da Lei nº 2.547/77 do Município de Poços de Caldas, são protegidos pela imunidade, além de não representarem qualquer acréscimo patrimonial. Significa dizer que tais recursos não são disponíveis à Embargante, não se caracterizando atividade econômica ou disponibilidade.

Por outro lado, aos resultados positivos obtidos em outras atividades econômicas desenvolvidas pela embargante que podem ser a ela disponibilizados, porquanto se revestem em tese da mesma natureza e função que as receitas auferidas por uma empresa privada, é aplicável a regra do artigo 150, §3º da

Constituição Federal.” (Acórdão n. 9101-001.883, grifos acrescidos).

No presente caso, a Fiscalização identificou que os rendimentos do Recorrente eram compostos por (i) Receitas de Vendas de Energia Elétrica e Recebimento da Dívida Ativa; (ii) Receitas de Prestação de Serviços relacionados à Energia Elétrica; e (iii) **Receitas diversas**, referentes a receitas financeiras, de locação e multas.

E, considerando que a atividade desenvolvida pelo Recorrente, conforme entendimento do C. STF – que analisou a questão de autarquia que prestava serviço de fornecimento e tratamento de água e esgoto – e da E. Câmara Superior, é **atividade econômica**, apenas seria possível acolher os fundamentos do recurso voluntário se comprovado que todas aquelas receitas são originárias na condição de **longa manus** do Município de Ijuí.

Retomando parte dos acontecimentos narrados, ao ser intimado para esclarecer justamente a origem daquelas receitas, o Recorrente restou contraditado pela Fiscalização, tendo se mantido silente quanto à questão desde então, *verbis*:

“13. Quanto à solicitação de esclarecer a esta fiscalização a origem das receitas registradas nos balancetes apresentados, informou que são exclusivamente inerentes as atividades de distribuição de energia elétrica. No entanto os balancetes (fls. 21 a 255) discriminarem de forma a supor o auferimento de receitas diversas (financeiras, de locação, da prestação de serviços, de imposição de multas e outras).” (fl.281, grifos acrescidos).

Além disso, a redação original do artigo 7º da citada Lei Municipal n. 3.057/1994 previa a possibilidade do superávit do Recorrente ser **repassado** à Prefeitura do Município de Ijuí, após autorização da Câmara Legislativa.

Ressalto, porém, que esse dispositivo foi modificado duas vezes, inclusive com a inclusão de parágrafo único, sendo que a redação final e vigente à época dos fatos analisados no lançamento vergastado, anos-calendários 2005 a 2008, era:

“Art. 7º - Da receita arrecada mensalmente, efetivada da exploração dos serviços de distribuição de energia elétrica pelo Departamento Municipal de Energia de Ijuí – DEMEI, serão repassados o equivalente a 10% (dez por cento) ao Município de Ijuí – Poder Executivo, até o 10º (décimo) dia útil ao mês subsequente, à título de transferência financeira. (Redação dada pela Lei nº 4.378/2004).

Parágrafo Único – Poderá o Departamento Municipal de Energia de Ijuí – DEMEI, antecipar os repasses mensais autorizados neste artigo ao Município de Ijuí – Poder Executivo, quando houver disponibilidade financeira, devendo esses recursos ser [sic] compensados nos repasses futuros. (Redação dada pela Lei nº 4.378/2004).” (grifos acrescidos).

Ora, nessa situação, é evidente ser manifestamente **impossível** estender ao Recorrente a imunidade recíproca prevista no art. 150, §2º da Constituição Federal.

Com efeito, a situação é **diametralmente oposta** tanto ao julgamento do C. STF (AgRg no RE 399.307) quanto no precedente da E. Câmara Superior (Acórdão 9101-00.985, complementado pelo Acórdão 9101-001.883), eis que nesse caso o Recorrente tanto auferiu receitas **não vinculadas** à sua finalidade essencial (distribuição de energia elétrica) quanto possuía autorização legal para repassar valores de sua receita, mediante “*Transferência financeira*”, ao Município de Ijuí!

Assim, ainda que por fundamentos diversos, correto está o procedimento Fiscal de tributar todas as receitas auferidas pelo Recorrente como se empresa pública fosse, já que estava operando nas mesmas condições aplicáveis a empreendimentos privados, inclusive transferindo percentual de sua receita ao Município de Ijuí, razão pela qual lhe é aplicável a exceção do art. 150, §3º da Constituição Federal.

Por último, apenas consigno inexistir controvérsia no presente feito com relação à metodologia adotada pelo Srs. Auditores Fiscais para quantificação da base de cálculo impositivo dos tributos lançados, haja vista que houve adição **diretamente no lucro** das Receitas Financeiras; de Locação e Multas, apesar de o procedimento adotado ter sido o de Arbitramento do Lucro.

Diante dessas considerações, NEGOU provimento ao recurso voluntário.

IV – Da multa de ofício aplicada. Previsão Legal (art. 44, I, da Lei n. 9.430/96)

Por consectário lógico ao entendimento exposto acima, tendo entendido pela manutenção da tributação das receitas do Recorrente, a Administração Pública não pode deixar de aplicar as normas legais, salvo se houver manifestação de inconstitucionalidade pelo Plenário do C. STF, conforme determina o art. 26, §6º, I, do Decreto n. 70235/1972 c/c arts. 62 e 62-A da Portaria 256/MF, de 22 de junho de 2009, *in verbis*:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973,

Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

O artigo 44, inciso I, da Lei n. 9.430/96, a seu turno, prevê a imposição de multa nos casos de lançamento de ofício, no qual se apurem diferenças de impostos ou contribuições decorrentes do não recolhimento dos tributos, ainda que tenha ou não havido apresentação de declaração pelo contribuinte. Já o artigo 142, parágrafo único, do CTN, aduz a obrigatoriedade e vinculação do lançamento tributário, inclusive quanto à aplicação penalidade aplicável, *in verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multa:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo **e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.***

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

No presente caso, é incontroverso que o Recorrente, por entender estar resguardado pela imunidade prevista no art. 150, §2º da CF/88, deixou de recolher tributos sobre a receita e lucro (pelo Recorrente denominado *superávit*), razão pela qual o fato (não recolhimento) subsume-se perfeitamente à hipótese punitiva descrita na Lei n. 9.430/96, estando, portanto, legalmente impedida a Administração de deixar de aplicar a multa prevista no art. 44, I, da Lei n. 9.430/96.

Assim, considerando que no caso vertente não há aplicação de multa de um Ente Político a outro (fls. 743/744), deve igualmente ser mantida a r. decisão de primeira instância, sendo de rigor o desprovimento do recurso voluntário, conforme a reiterada jurisprudência desse E. Conselho, ilustrativamente:

“Ementa: Assunto: Normas de Administração Tributária Ano-calendário: 2006 MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. CUMULATIVIDADE. COMANDO LEGAL. A exigência de multa de ofício isolada pelo não pagamento de estimativas mensais do IRPJ e da CSLL ocorre por força de comando legal expresso (art. 44, II, b, da Lei nº 9.430, de 1996). Da mesma forma, a exigência da multa vinculada também decorre de comando legal expresso, contido na mesma Lei (art. 44, I). Deixar de aplicar qualquer uma dessas multas, quando verificado o antecedente da norma sancionadora, é violar algum desses dispositivos legais, o que é defeso tanto à autoridade lançadora quanto ao julgador administrativo, seja ele de primeira instância ou

componente do Conselho Recursal, conforme dispõe o artigo 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972.” (Acórdão n. 1801-001.993, Rel. Conselheiro NEUDSON CAVALCANTE EUBUQUERQUE, DJ 21/07/2014)

V – Dispositivo

Diante de todas essas considerações, REJEITO as preliminares de decadência e de nulidade do lançamento. No mérito, NEGO provimento ao recurso de ofício para manter a exclusão referente ao PIS/PASEP, bem como NEGO provimento ao recurso voluntário, nos termos da fundamentação supra e com arrimo no precedente da E. Câmara Superior (Acórdão 9101-001.883, Relatora Conselheira Karem Jureidini Dias).

(assinado digitalmente)

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR – Relator