



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12963.000809/2009-89
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9202-009.621 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 24 de junho de 2021
Recorrente DME DISTRIBUIÇÃO S.A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2004 a 30/09/2008

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS. CONHECIMENTO.

Não se conhece de Recurso Especial de Divergência, quando não resta demonstrado o alegado dissídio jurisprudencial, tendo em vista a ausência de similitude fática entre os julgados em confronto.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em Exercício e Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Joao Victor Ribeiro Aldinucci, Mauricio Nogueira Righetti, Marcelo Milton da Silva Risso, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de ação fiscal que originou os seguintes lançamentos:

PROCESSO	DEBCAD	TIPO	FASE
12963.000807/2009-90	37.086.232-5	Obrigação Principal (Terceiros)	Cobrança Judicial
12963.000808/2009-34	37.086.233-3	Obrigação Principal (Terceiros)	Cobrança Judicial
12963.000809/2009-89	37.086.234-1	Obrigação Principal (Terceiros)	Recurso Especial
12963.000810/2009-11	37.086.235-0	Obrigação Principal (Terceiros)	Cobrança Judicial
12963.000811/2009-58	37.086.236-8	Obrigação Principal (Terceiros)	Cobrança Judicial
12963.000812/2009-01	37.086.237-6	Obrigação Principal (Terceiros)	Recurso Especial
12963.000813/2009-47	37.086.238-4	Obrigação Principal (Empresa)	Acórdão de Impugnação (encerrado)
12963.000814/2009-91	37.262.019-1	Obrigação Principal (Empresa)	Cobrança Judicial
12963.000815/2009-36	37.262.018-3	Obrigação Principal (Empresa)	Cobrança Judicial
12963.000816/2009-81	37.262.017-5	Obrigação Principal (Empresa)	Recurso Especial
12963.000817/2009-25	37.262.016-7	Obrigação Principal (Empresa)	Acórdão de Impugnação (encerrado)
12963.000818/2009-70	37.262.020-5	Obrigação Acessória (CFL-68)	Recurso Especial

O presente processo trata do Debcad 37.086.234-1, referente às Contribuições Previdenciárias a cargo da empresa, destinadas a Terceiros (FNDE, Incra, Sebrae, Sesi e Senai), incidentes sobre férias, no período de 12/2004 a 09/2008. A Fiscalização entendeu que “*uma concessionária de energia elétrica, não obstante tratar-se de autarquia, sujeitar-se-ia ao regime jurídico próprio das empresas privadas*”, e nesse passo efetuou o lançamento das referidas Contribuições (Relatório Fiscal de e-fls. 26 a 36).

Impugnado o lançamento, a autuação foi mantida em primeira instância, razão pela qual foi interposto Recurso Voluntário.

Em sessão plenária de 09/05/2018, foi julgado o Recurso Voluntário, prolatando-se o Acórdão n.º 2402-006.172 (e-fls. 1.552 a 1.566), assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2004 a 30/09/2008

AUTARQUIA. PRESTAÇÃO SE SERVIÇO PÚBLICO. LICITAÇÃO, CONCESSÃO. COBRANÇA DE TARIFA. SUJEIÇÃO AO REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DAS EMPRESAS PRIVADAS. RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES. PREVIDÊNCIA SOCIAL. TERCEIROS.

Autarquia criada pelo poder público para realizar a prestação se serviço público, mediante concessão e com a cobrança de tarifa, sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, em especial quanto à tributação, devendo, pois, recolher as contribuições destinadas aos Terceiros.

COMPARAÇÃO DE PENALIDADES. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA. MP 449/2008. PENALIDADES COM MESMA NATUREZA MATERIAL.

Na comparação de penalidades realizada em observância ao princípio da retroatividade benigna e em decorrência das mudanças promovidas pela Medida Provisória n.º 449/08, independente da denominação legal, devem ser comparadas as penalidades que tenham a mesma natureza material, ou seja, aplicáveis ao mesmo tipo de conduta. Dessa forma, não cabe a comparação da multa de mora, prevista no art. 61 da Lei n.º 9.430, de 27/12/96, com multa aplicável no caso de lançamento de ofício.

A decisão foi assim registrada:

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao Recurso, vencidos os conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci (relator), Renata Toratti Cassini e Gregorio Rechmann Junior, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Denny Medeiros da Silveira.

Cientificada do acórdão em 25/06/2018 (Termo de Ciência por Abertura de Documento de e-fls. 1.570), a Contribuinte interpôs, em 09/07/2018 (Termo de Solicitação de Juntada de e-fls. 1.571), o Recurso Especial de e-fls. 1.599 a 1.613, com fundamento no artigo 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 2015, suscitando as seguintes matérias:

- inexigibilidade de Contribuições Previdenciárias destinadas a Terceiros, no caso de prestação de serviço de distribuição de energia elétrica por autarquia;

- caso assim não se entenda, o cálculo da multa deve ser feito com base no art. 61 da Lei n.º 9.430, de 1996, em razão da aplicação do princípio da retroatividade benigna, previsto no art. 106, do CTN.

Ao Recurso Especial foi dado seguimento, embora somente tenha sido apreciada a primeira matéria, conforme despacho de 17/09/2018 (fls. 1.614 a 1.617).

Em seu apelo, a Contribuinte apresenta as seguintes alegações, no que tange à primeira matéria:

- esteve constituída como autarquia municipal durante o período apurado pela Fiscalização, enquadrando-se à época no código FPAS 582 e, em consequência, não era responsável por recolhimento referente a terceiras entidades, conforme Instrução Normativa 03, de 2005, da SRP;

- cumpre destacar que a mencionada IN foi revogada pela IN 971, de 2009, que prevê, em seu art. 109-A, que não estão sujeitos à Contribuição das entidades e fundos (Terceiros) os órgãos e entidades do poder público, inclusive agências reguladoras de atividade econômica, estando inclusas, portanto, as autarquias;

- como toda autarquia, que nada mais é que um serviço público descentralizado, a Contribuinte exerce, em caráter de delegação administrativa por meio de concessão de serviço público, antes delegada à antiga autarquia e hoje constituída em uma empresa pública, mas sempre por meio de contrato de concessão de serviço público, o serviço público de distribuição de energia elétrica que é de competência da União, explorado por empresas ou autarquia somente pela delegação do serviço público pela própria União, conforme determinado pela Constituição Federal de 1988;

- neste diapasão, deve-se observar que a norma criadora do DME, Lei Municipal n.º 420, de 1954, bem como a norma que a alterou, Lei n.º 2.547, de 1977, dispõem sobre a sua competência, em seu art. 2.º, determinando em sua alínea "d" que compete ao DME "*executar, mediante prévio orçamento aprovado pelo Prefeito Municipal, todos os serviços necessários ao*

fornecimento de luz e energia elétrica", texto que foi confirmado pela Lei Complementar n.º 79, de 2007;

- portanto, o DME foi constituído por lei como entidade autárquica e também autorizado por lei a explorar os serviços de eletricidade no Município de Poços de Caldas;

- se a própria União explorasse serviços de eletricidade por meio de sua administração direta, não estaria obrigada ao recolhimento de referidas Contribuições;

- o fato é que dois pontos precisam ser analisados: primeiro, que autarquia não é regida pelo mesmo regime jurídico de empresa privada, mas sim por regime jurídico público, sendo que as únicas entidades que se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas são a empresa pública e a sociedade de economia mista, *ex vi* do art. 173, da Constituição Federal de 1988; e segundo, mesmo uma empresa privada pode exercer um serviço público, se for a ela delegado pelo ente titular do serviço, por meio de contrato de concessão, conforme se comprova no presente caso, mediante a juntada do contrato de concessão 049/99.

Ao final, a Contribuinte pede o provimento do Recurso Especial, com improcedência total do lançamento ou, caso assim não se entenda, pede que a multa seja calculada com base no art. 61, da Lei n.º 9.430, de 1996, pela aplicação da retroatividade benigna, disposta no art. 106, do CTN.

O processo foi encaminhado à PGFN em 16/01/2019 (Despacho de Encaminhamento de e-fls. 1.624) e, em 22/01/2019 (Despacho de Encaminhamento de e-fls. 1.632), foram oferecidas as Contrarrazões de e-fls. 1.625 a 1.631, contendo os seguintes argumentos:

Da inadmissibilidade do Recurso Especial

- no acórdão recorrido, o Colegiado concluiu que, apesar de se tratar de autarquia, a Contribuinte presta um serviço público por meio de concessão e com cobrança de tarifas, caracterizando-se como prestadora de obrigações próprias de empresas privadas, e desse modo deve seguir o regime próprio das empresas privadas;

- por sua vez, o Acórdão n.º 2301-01.591, indicado como paradigma, afastou a incidência da Contribuição por entender que, naquele caso específico, o Contribuinte exercia atividade típica do poder estatal;

- cumpre ressaltar que os acórdãos tratam de atividades completamente diferentes, e, por esse motivo, apresentam conclusões divergentes: enquanto o presente processo trata de fornecimento de energia elétrica, mediante cobrança de tarifa, o acórdão paradigma tem como contribuinte empresa cuja atividade é basicamente a construção de barragem para aproveitamento dos recursos de água e solo do Vale do São Francisco;

- desse modo, as circunstâncias fáticas são distintas, não se configurando a divergência exigida para admissibilidade do Recurso Especial interposto.

Do mérito

- a Contribuinte alega possuir natureza jurídica de autarquia, exercendo atividade típica de Estado; no entanto, analisando-se o caso concreto, resta claro que se trata de atividade econômica típica de empresas privadas, conforme esclarecido e bem fundamentado no voto vencedor do acórdão recorrido.

Ao final, a Fazenda Nacional pede que o Recurso Especial do Contribuinte não seja conhecido e, caso assim não se entenda, que lhe seja negado provimento.

Distribuído o processo na Câmara Superior de Recursos Fiscais, constatou-se a existência de matéria suscitada pela Recorrente e não analisada quando do exame de admissibilidade do Recurso Especial.

Assim, foi prolatada a Resolução n.º 9202-000.263, de 19/11/2020, determinando o retorno dos autos à Câmara recorrida, para complementação do exame de admissibilidade, relativamente à segunda matéria suscitada - **cálculo da multa com base no art. 61 da Lei n.º 9.430, de 1996, em razão da aplicação do princípio da retroatividade benigna, previsto no art. 106, do CTN**. Ao Recurso Especial, quanto a esta segunda matéria, foi negado seguimento, conforme despacho de admissibilidade complementar de 25/02/2021 (fls. 1.640 a 1.644).

Voto

Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, Relatora

O Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo é tempestivo, restando perquirir se atende aos demais pressupostos para o seu conhecimento. Foram oferecidas Contrarrazões tempestivas.

Trata-se do Debcad 37.086.234-1, referente às Contribuições Previdenciárias a cargo da empresa, destinadas a Terceiros (FNDE, Incra, Sebrae, Sesi e Senai), incidentes sobre férias, no período de 12/2004 a 09/2008. A Fiscalização entendeu que “uma concessionária de energia elétrica, não obstante tratar-se de autarquia, sujeitar-se-ia ao regime jurídico próprio das empresas privadas”, e nesse passo efetuou o lançamento das referidas Contribuições (Relatório Fiscal de e-fls. 26 a 36).

A matéria recursal que obteve seguimento é a **inexigibilidade de Contribuições Previdenciárias destinadas a Terceiros, no caso de prestação de serviço de distribuição de energia elétrica por autarquia**.

O Colegiado recorrido decidiu pela procedência da Contribuição para os Terceiros, ao argumento de que, em que pese tratar-se, no período do lançamento, de uma autarquia, o sujeito passivo ao exercer atividade econômica no setor elétrico, mediante concessão e com a cobrança de tarifa, estaria sujeito ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Confira-se o voto condutor do acórdão recorrido:

Da natureza jurídica do Recorrente e das contribuições destinadas aos Terceiros

Tendo em vista a natureza jurídica do Recorrente, ou seja, de entidade autárquica e prestadora de serviço público, o Relator acompanhou as razões recursais, invocando a imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, inciso VI, alínea "a", da Constituição Federal, e afastou a obrigatoriedade do recolhimento das contribuições destinadas aos Terceiros, afirmando, ainda, que tal obrigação seria própria das empresas privadas.

Primeiramente, gostaríamos de apontar que o Recorrente deixou de ser uma entidade autárquica, em 2010, para ser uma empresa pública, segundo dispõe a Lei Complementar n.º 111, de 27/3/10, do Município de Poços de Caldas:

Art. 1.º Fica autorizada a transformação do Departamento Municipal de Eletricidade de Poços de Caldas - DME-PC, autarquia criada pela Lei n.º 420, de 9 de dezembro de 1954, com as alterações introduzidas pelas Leis n.º 1.069, de 21 de junho de 1963, 1.256, de 18 de novembro de 1965, 1.401, de 24 de janeiro de 1967, 2.547, de 29 de junho de 1977, e 7.363, de 28 de dezembro de 2000, revogada pela Lei Complementar

n.º 79, de 31 de janeiro de 2007, e alterada pela Lei Complementar n.º 61, de 21 de junho de 2007, em empresa pública, sob a forma de sociedade anônima, de capital fechado, que passará a ser denominada "DME Distribuição S.A. - DMED".

De qualquer forma, o lançamento diz respeito ao período de 12/2004 a 09/2008, quanto o Recorrente ainda era uma entidade autárquica.

Todavia, em que pese o Recorrente ter sido uma autarquia no período abrangido pelo lançamento e a Carta Republicana abrigar as autarquias na imunidade constitucional recíproca, tal imunidade diz respeito apenas a impostos, senão, vejamos:

(...)

Portanto, como as contribuições em análise não estão abarcadas pelo art. 150, inciso VI, da Constituição Federal, não cabe serem afastadas com base na imunidade recíproca. Além do mais, o § 3º deixa claro que tal imunidade não se aplica em relação à exploração de atividade econômica regida pelas "normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário", que é o que ocorre no caso da DME DISTRIBUIÇÃO S.A.

Ademais, corroborando tal entendimento, trazemos à baila a ementa do Acórdão n.º 107-08.768, de 18/10/2006, citada na decisão *a quo* e que trata exatamente da questão em foco, pois o Recorrente é concessionário de serviço público de competência da União:

Dessa forma, superada a questão quanto à imunidade, vamos tratar da natureza jurídica do Recorrente.

Pois bem, independente da sua natureza jurídica, por ser uma concessionária de serviço público, o Recorrente deve e teve que se submeter à Lei 8.987, de 13/2/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal.

A Lei 8.987/95 estabelece que a concessão será objeto de licitação prévia e tratamento isonômico dos concorrentes, nos seguintes termos:

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

[...]

Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

§ 1º Considerar-se-á, também, desclassificada a proposta de entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder concedente que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios do poder público controlador da referida entidade. (Renumerado do parágrafo único pela Lei n.º 9.648, de 1998)

§ 2º Inclui-se nas vantagens ou subsídios de que trata este artigo, qualquer tipo de tratamento tributário diferenciado, ainda que em consequência da natureza jurídica do licitante, que comprometa a isonomia fiscal que deve prevalecer entre todos os concorrentes. (Incluído pela Lei n.º 9.648, de 1998)

Sendo assim, em que pese a natureza jurídica de autarquia, ao prestar serviço público de competência da União (distribuição de energia elétrica), por meio de concessão e com cobrança de tarifas, o Recorrente deve estar em par de igualdade com os demais concorrentes, o que o torna sujeito ao regime jurídico próprio das empresas privadas, em especial quanto à tributação, devendo, pois, recolher as contribuições destinadas aos Terceiros.

O sujeito passivo sustenta que, durante o período autuado pela Fiscalização, estava constituído como autarquia, enquadrando-se no FPAS 582, nos termos da IN SRP 03, de 2005, indicando como paradigma o Acórdão n.º 2301-01.591.

Em sede de Contrarrazões, a Fazenda Nacional alega, dentre outros argumentos, a inexistência de similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma, que não seria hábil a comprovar a alegada divergência.

Com efeito, tratando-se de discussão acerca da natureza jurídica da empresa concessionária, bem como da atividade por ela desempenhada, para fins de aplicação da legislação tributária, é imprescindível que se verifique as situações fáticas presentes em cada um dos julgados em confronto, a ver se haveria similitude entre elas.

Inicialmente, cabe pontuar que, nesse contexto, o paradigma apto a demonstrar a alegada divergência seria representado por julgado em que, diante de situação fática similar à do acórdão recorrido – autuação de empresa prestadora de serviço público de competência da União (distribuição de energia elétrica), por meio de concessão e com cobrança de tarifa – se entendesse pela impossibilidade de exigência das Contribuições aos Terceiros.

Para demonstrar a divergência, a Recorrente limitou-se a transcrever a ementa do paradigma, Acórdão n.º 2301-01.591:

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2006

AUXÍLIO-CRECHE. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ATO DECLARATÓRIO PGFN 11/2008,

É indevida a tributação do auxílio-creche recebido pelos empregados e pagos até a idade dos seis anos de idade dos seus filhos menores.

VALE TRANSPORTE EM PECÚNIA. NATUREZA INDENIZATÓRIA, NÃO SE CARACTERIZA COMO SALÁRIO INDIRETO. DECRETO 95.247/87 EXTRAPOLOU O SEU CARÁTER DE REGULAMENTAR A LEI 7.418/85.

O pagamento de Vale Transporte em pecúnia, não é integrante da remuneração do segurado, pois nítido o seu caráter indenizatório, referendado esse entendimento, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, a vedação quanto ao pagamento do vale transporte em, pecúnia inserida em nosso Ordenamento Jurídico pelo Decreto a. 95247/87, é ilegal, pois extrapolou o seu poder de regulamentar a Lei n. 7418/85.

EMPRESA PÚBLICA. ATUAÇÃO NA CONDIÇÃO DE AGENTE PÚBLICO. ATIVIDADES TÍPICAS DO PODER ESTATAL. NÃO EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. REGIME JURÍDICO TRIBUTÁRIO EQUIVALENTE. AO DAS AUTARQUIAS E ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. NÃO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES SOB A RUBRICA TERCEIROS.

As empresas públicas que desempenham atividades típicas do Poder Estatal, inclusive nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica, submetem-se ao regime jurídico semelhante ao das autarquias, podendo se beneficiar de incentivos fiscais não concedidos às pessoas jurídicas de direito privado. Assim, mostra-se correto a informação à autoridade fiscal no FPAS 582, aplicável aos órgãos do Poder Público e equiparados. (destaques da Recorrente)

De plano, constata-se que a parte destacada pela Recorrente na ementa acima não demonstra a divergência alegada, já que, dentre as atividades consideradas como excluídas da exigência de Contribuições aos Terceiros estão aquelas típicas do Poder Estatal – fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica – o que não se coaduna com o que se verifica no caso do acórdão recorrido - atividade com exploração econômica, mediante cobrança de tarifa.

Compulsando-se o inteiro teor do voto condutor do paradigma, verifica-se o contexto em que foram declaradas indevidas as contribuições às Outras Entidades ou Fundos, o que mais o distancia do caso ora em julgamento. Confira-se o que consta do voto condutor do paradigma:

Da Diferença Apurada sob a Rubrica Terceiros

Aqui, o cerne da questão consiste na verificação do correto enquadramento da ora Recorrente no código FPAS, pois a fiscalização concluiu que, em análise as atividades desenvolvidas pela CODEVASF, esta deveria enquadrar-se no código FPAS 507, no entanto, a empresa prestava informações com o código FPAS 566, 515 e 582. Dessa forma, foram apuradas diferenças devidas a título de Terceiros.

Isto porque o Anexo II da instrução Normativa n. 3/2005 previa o enquadramento das pessoas jurídicas nos FPAS de acordo com as suas atividades, cuja consequência seria a aplicação do regime jurídico tributário a elas correspondente.

Tendo em vista que a controvérsia reside no enquadramento do FPAS 507 ou no FPAS 582, quando o primeiro destina-se à remuneração da mão-de-obra do setor industrial, e o segundo deve ser utilizado pelos órgãos da administração pública e a ele equiparados, é imprescindível que se verifique a natureza e a finalidade das atividades desempenhadas pela empresa.

Ou seja, faz-se necessária a verificação da verdadeira especificidade que qualifica e determina a correta natureza jurídica da empresa quando da prática de suas atividades.

Por se tratar de empresa pública, a CODEVASF tem sua criação prevista em lei específica (art 37, XIX da Constituição Federal), no caso a Lei n. 6.088/74, *in ver bis*:

"Art. 5º A CODEVASF tem por finalidade o aproveitamento, para fins agrícolas, agropecuários e agroindustriais, dos recursos de água e solo dos vales dos rios São Francisco e Parnaíba, diretamente ou por intermédio de entidades públicas ou privadas, promovendo o desenvolvimento integrado de áreas prioritárias e a implantação de distritos agroindustriais e agropecuários

§2º No exercício de suas atribuições, a CODEVASF poderá atuar, por delegação dos órgãos competentes, como agente do Poder Público, desempenhando função de administração e fiscalização do uso racional dos recursos de água e solo

(...)

Delimitado pela lei a atuação da empresa pública, verifica-se no seu art. 9º as atividades que por ela podem ser desempenhadas:

I - estimular e orientar a iniciativa privada, promover a organização e participar do capital de empresas de produção, beneficiamento e industrialização de produtos primários,

II- promover e divulgar, junto a entidades públicas e privadas informações sobre recursos naturais e condições sociais, infraestruturais e econômicas, visando à realização de empreendimentos no Vale do São Francisco,

III- elaborar, em colaboração com os demais órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, que atuam na área, os planos anuais e plurianuais de desenvolvimento integrado do Vale do São Francisco, indicando desde logo os programas e projetos prioritários, com relação às atividades previstas na presente Lei,

IV - elaborar, em colaboração com os demais órgãos públicos federais, estaduais ou municipais que atuem na área, os planos anuais e plurianuais de desenvolvimento integrado dos vales dos rios São Francisco e Parnaíba, indicando desde logo os programas e projetos prioritários, com relação às atividades previstas nesta Lei. (Redação dada pela Lei n. 9.954, de 2000)

- projetar, construir e operar obras e estruturas de barragem, canalização, bombeamento, adução e tratamento de águas, saneamento básico,

V- projetar, construir e operar projetos de irrigação, regularização, controle de enchentes, controle de poluição e combate à seca.

Art 13 No desempenho de suas tarefas a CODEVASF atuará, preferencialmente, por intermédio de entidades estaduais, municipais e privadas, recorrendo sempre que possível à execução indireta de trabalhos mediante contratos e convênios.

Observa-se que o art. 4º, §2º, da Lei 6.088/74 afirma expressamente que a CODEVASF poderá atuar, por delegação dos órgãos competentes, como agente do Poder Público, ano deixando dúvidas quanto a sua atuação na condição de Estado.

Já o seu art. 9º, ao arrolar as atividades da CODEVASF, a coloca nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento do setor público, indicativo do setor privado, agindo como verdadeiro agente normativo e regulador da atividade econômica relativamente ao desenvolvimento dos vales do Rio São Francisco e Parnaíba. Em outras palavras, tem o escopo de realizar atividades de suporte da administração pública e serviços destinados ao desenvolvimento sócio-econômico de determinada região, desenvolvendo, assim, atividades típicas de administração pública, de Estado propriamente, conforme preceitua o art. 174 da Carta Magna:

Art. 174 Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Sabe-se, por outro lado, que a empresa pública que desenvolve ações estatais equipara-se às autarquias no tocante à sua disciplina e regime jurídico.,

O Decreto-Lei n.º 200/67, ao conceituar autarquia, afirma que são aquelas pessoas jurídicas de Direito Público predispostas a executar atividades de Administração Pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada, o que é o caso da CODEVASF.

Poder-se-ia argumentar, então, que a equiparação dessas empresas públicas às autarquias levaria ao esvaziamento da distinção de personalidade jurídica que lhes reveste, implicando o reconhecimento indevido de letra morta na Constituição Federal, ao tratar diferentemente as autarquias das empresas públicas.

Tal alegação, contudo, não poderia prosperar, É que permanece, sim, distinção entre a empresa pública que presta serviço tipicamente de estado e as autarquias, residente no fato de que somente estas podem titularizar o Poder estatal, por possuírem personalidade jurídica de Direito Público, ao passo que a empresa pública, com personalidade de Direito Privado, apenas pode executar tais interesses públicos, com dependência maior cia direção estatal.

Mas isso não retira da empresa pública, como dito, o poder de desenvolver (executar) as atividades estatais, caso concedido pela lei que lhe autoriza a criação.

Importa aqui fazer outra observação. Embora todas as pessoas jurídicas sujeitas ao comando do Estado devam sempre observar o interesse público, não sendo este o traço distintivo entre aquelas que compõem a Administração Indireta, as autarquias e as empresas públicas que exercem atividades de Estado extrapolam o simples interesse coletivo, praticando medidas direcionadas diretamente para a consecução dos objetivos estatais, através da prática de atos de poder inerentes ao Estado.

E isto é o que garante às autarquias e a essas empresas públicas o tratamento jurídico equivalente entre si e diferenciado das demais pessoas jurídicas de Direito Privado integrantes da Administração Pública Indireta.

Para ilustrar o que se tem dito até este momento, importa apontar as características comuns às autarquias e empresas públicas que desenvolvem atividades estatais:

- i) autonomia do serviço;
- ii) submissão à supervisão ministerial, que fiscaliza o cumprimento dos objetivos públicos e definidos na lei;

iii) necessidade de licitação para todas as contratações, independentemente seé para a atividade-fim ou atividade-meio. Neste aspecto se diferencia dasempresas públicas que exploram atividade econômica, que não precisamrealizar licitação em determinadas situações;

iii) Desenvolvimento de atividade pública através de atos de autoridade, sujeitos a mandado de segurança, o que não ocorre com as demais empresas públicas.

Se isso não bastasse para afirmar que se trata, na verdade, de entidade equiparada à Administração Pública Direta e submetida a regime jurídico diverso das empresas privadas, o próprio art. 173 da *Lex Mater* afirma expressamente que somente as empresas públicas que explorem diretamente atividade econômica é que se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas quanto aos direito e obrigações tributários:

Art 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

*§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que **explorem atividade econômica** de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre*

I- sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade,

II- a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários,

Outrossim, não há na sua atividade o intuito de obtenção de vantagens econômicas, sendo outro ponto bastante relevante para distingui-la ainda mais das empresas públicas que exploram atividade econômica.

Deste modo, é perfeitamente admissível que se aplique à CODEVASF privilégios tributários não extensíveis às empresas privadas, tais quais o não recolhimento de determinada contribuições sociais, consoante entendimento há muito pacificado no Supremo Tribunal Federal, conforme demonstra transcrições abaixo:

(...)

Outro ponto que não pode ser deixado de lado **a condição de dependência financeira da CODEVASF, Ainda que a Lei nº 6.088/74 afirme serem recursos da empresa receitas operacionais, patrimoniais, produtos de operação de créditos, doações e os de outras origens (art 10), o fato é que vem recebendo recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital da União, conforme provou nos autos do processo sob análise, preenchendo o conceito de empresa estatal dependente previsto no art. 2º, III, da Lei Complementar nº 101/2000.**

E veja-se que a também esta Lei de Responsabilidade Fiscal coloca as empresas estatais dependentes dentro do conceito de ente público da Administração Direta, tais quais as autarquias, fundos e fundações, nos seguintes termos:

(...)

Assim, deverá ser enquadrada no FPAS 582, na forma em que vem procedendo ao recolher as contribuições previdenciárias.

Concordo, ainda, com o argumento levantado pela Recorrente, de que o FPAS por ela apontado não gera, por si só, a obrigação tributária.

O FPAS é apenas uma forma de simplificar a identificação peia autoridade fiscal do regime jurídico tributário a que se enquadra a empresa para fins de exigir-lhe os tributos devidos.

A indicação do FPAS é irrelevante, portanto, quando a empresa não se sujeita a determinado tributo, tanto que a indicação incorreta não implicaria a cobrança nos casos de não incidência.

No caso dos autos, a contribuição a título de terceiros não é devida pela CODEVASF, em face da equiparação legal à autarquia e órgãos públicos. Além disso, por ser Companhia de Desenvolvimento, fica excluída do recolhimento de contribuições para Terceiros por força do disposto no art. 139, §8º da IN MPS/SRP n.º 3/2005:

§ 8.º Não cabe cobrança de contribuições para outras entidades ou fundos quando se tratar de contribuinte Pessoa Jurídica de Direito Privado constituída sob a forma de Serviço Social Autônomo ou Agência de Promoção e Desenvolvimento

Não sofrendo a incidência das contribuições sob a rubrica Terceiros, a declaração incorreta do FPAS não tem qualquer repercussão tributária no tocante àquelas exações, o que leva ao julgamento procedente do presente Recurso Voluntário. (grifei)

De plano, constata-se que a autuada, no caso do paradigma, é empresa pública com características peculiares. Trata-se da Codevasf, Companhia que atua na função estatal de promover o desenvolvimento de determinadas regiões, realizando tarefas típicas do Estado e sem exploração de atividade econômica. Outra questão específica apontada no voto condutor do paradigma é a dependência econômica da Codevasf, de recursos provenientes da União, além do que, por ser Companhia de Desenvolvimento, fica excluída do recolhimento de contribuições para Terceiros, por força do disposto no art. 139, § 8º da IN MPS/SRP n.º 03, de 2005.

No caso do acórdão recorrido, a situação fática é bem diversa, já que, repita-se, a causa da manutenção da exação destinada aos Terceiros foi a atuação do sujeito passivo em atividade com exploração econômica, mediante cobrança de tarifa, além de não haver dependência financeira da União, tampouco a sua classificação como Companhia de Desenvolvimento.

Vê-se, assim, que na decisão recorrida levou-se em consideração como fator primordial para a manutenção da exigência, a atividade desenvolvida pelo sujeito passivo, que o equipararia às empresas privadas, entendimento este que não poderia ser aplicado à situação retratada no paradigma, em que a empresa autuada tem características totalmente diferentes.

Nesse sentido, não se pode reconhecer a alegada divergência, já que os julgados em confronto apresentam situações fáticas sem similitude, justamente nos pontos que constituíram os fundamentos para a decisão adotada, de sorte que o paradigma indicado não se presta a comprovar dissídio jurisprudencial.

Diante do exposto, não conheço do Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo