



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12963.000812/2009-01
Recurso Especial do Contribuinte
Resolução nº 9202-000.264 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 19 de novembro de 2020
Assunto COMPLEMENTO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL
Recorrente DME DISTRIBUIÇÃO S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência à DIPRO/COJUL, para devolução à câmara recorrida, para complementação do exame de admissibilidade do Recurso Especial, com posterior retorno à relatora, para prosseguimento.

(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, João Victor Ribeiro Aldinucci, Mauricio Nogueira Righetti, Marcelo Milton da Silva Risso (suplente convocado), Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício).

Relatório

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

PROCESSO	DEBCAD - ESPÉCIE	SITUAÇÃO
12963.000807/2009-90	37.086.232-5 (Obrigação Principal -Terceiros)	Cobrança
12963.000808/2009-34	37.086.233-3 (Obrigação Principal -Terceiros)	Cobrança
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
12963.000811/2009-58	37.086.236-8 (Obrigação Principal -Terceiros)	Cobrança
12963.000812/2009-01	37.086.237-6 (Obrigação Principal -Terceiros)	Recurso Especial
12963.000813/2009-47	37.086.238-4 (Obrigação Principal –Patronal,	Acórdão de Impugnação

Fl. 2 da Resolução n.º 9202-000.264 - CSRF/2ª Turma
Processo nº 12963.000812/2009-01

	Segurados, SAT/RAT)	(encerrado)
12963.000814/2009-91	37.262.019-1 (Obrigação Principal –Patronal, Segurados, SAT/RAT)	Cobrança
12963.000815/2009-36	37.262.018-3 (Obrigação Principal –Patronal, Segurados, SAT/RAT)	Cobrança
12963.000816/2009-81	37.262.017-5 (Obrigação Principal –Patronal, Segurados, SAT/RAT)	Acórdão nº 2402-006.176
12963.000817/2009-25	37.262.016-7 (Obrigação Principal –Patronal, Segurados, SAT/RAT)	Acórdão de Impugnação (encerrado)
12963.000818/2009-70	37.262.020-5 (Obrigação Acessória AI 68)	Recurso Especial

O presente processo trata do Debcad 37.086.237-6, referente às Contribuições Previdenciárias a cargo da empresa, destinadas a Terceiros (FNDE, Incra, Sebrae, Sesi e Senai), incidentes sobre férias, no período de 04/2004 a 11/2004. 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. 18 a 28).

Em sessão plenária de 09/05/2018, foi julgado o Recurso Voluntário, prolatando-se o Acórdão nº 2402-006.171 (e-fls. 1.550 a 1.569), assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2004 a 30/11/2004

DECADÊNCIA. PAGAMENTO ANTECIPADO. MESMO FATO GERADOR, FUNDAMENTO LEGAL E COMPETÊNCIA DA AUTUAÇÃO.

Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento efetuado pelo contribuinte, desde que seja correspondente ao mesmo fato gerador, ao mesmo fundamento legal e à mesma competência da autuação, ainda que se refira a rubrica não incluída no auto de infração.

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 de 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 nº 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,

Fl. 3 da Resolução n.º 9202-000.264 - CSRF/2ª Turma
Processo nº 12963.000812/2009-01

não cabe a comparação da multa de mora, prevista no art. 61 da Lei nº 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, pelo voto de qualidade, em afastar a decadência, vencidos os conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci (relator), Jamed Abdul Nasser Feitoza, Renata Toratti Cassini e Gregorio Rechmann Junior e, no mérito, por maioria de votos, acordam 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. 1.573), a Contribuinte interpôs, em 09/07/2018 (Termo de Solicitação de Juntada de e-fls. 1.574), o Recurso Especial de e-fls. 1.602 a 1.621, com fundamento no artigo 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, suscitando as seguintes matérias:

- decadência;

- inexigibilidade de Contribuições Previdenciárias destinadas a Terceiros, no caso de prestação de serviços públicos por autarquia; e

- caso assim não se entenda, o cálculo da multa deve ser feito com base no art. 61 da Lei nº 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 parcial, embora somente tenham sido apreciadas as primeiras duas matérias, conforme despacho de 17/09/2018 (fls. 1.622 a 1.627).

Em seu apelo, quanto às matérias que tiveram seguimento, a Contribuinte apresenta as seguintes alegações:

- a Contribuinte esteve constituída como autarquia municipal durante o período apurado pela fiscalização, enquadrando-se na 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 a qual prevê em seu art. 109-A que não estão sujeitos a 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 do que um serviço público descentralizado, a Contribuinte exerce em caráter de delegação administrativa através de concessão de serviço público, antes delegada à antiga autarquia hoje constituída numa empresa pública, mas sempre através 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;

Fl. 4 da Resolução n.º 9202-000.264 - CSRF/2ª Turma
Processo nº 12963.000812/2009-01

- neste diapasão, deve-se observar que a norma criadora do DME, Lei Municipal nº420/1954, bem como a norma que a alterou, Lei nº2.547/1977, dispõem sobre a sua competência no seu art. 2º, 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 nº. 79/2007.

- 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 através 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 empresas privada, mas sim 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 88 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 requer o provimento de seu Recurso Especial, com improcedência total do lançamento, mas caso assim não se entenda, requer ainda que a multa seja calculada com base no art. 61 da Lei nº 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. 1.634) e, em 22/01/2019 (Despacho de Encaminhamento de e-fls. 1642), foram oferecidas as Contrarrazões de e-fls. 1.635 a 1.641.

Em sede de Contrarrazões, a Fazenda Nacional apresentou 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 apresentado como paradigma (2301-01.591) 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

Fl. 5 da Resolução n.º 9202-000.264 - CSRF/2ª Turma
Processo nº 12963.000812/2009-01

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 requer que não seja conhecido e, caso contrário, seja negado provimento ao Recurso Especial da Contribuinte.

Voto

O presente processo trata do Debcad 37.086.237-6, referente às Contribuições Previdenciárias a cargo da empresa, destinadas a Terceiros (FNDE, Incra, Sebrae, Sesi e Senai), incidentes sobre férias, no período de 04/2004 a 11/2004. 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. 18 a 28).

Compulsando-se o Recurso Especial interposto pela Contribuinte, constata-se que, além das matérias **decadência e inexigibilidade de Contribuições Previdenciárias destinadas a Terceiros, no caso de prestação de serviços públicos por autarquia**, objeto de análise pelo despacho de admissibilidade de fls. 1.622 a 1.627, que deu seguimento parcial ao apelo, há uma terceira matéria, que consta ao final do pedido: **caso assim não se entenda, o cálculo da multa deve ser feito com base no art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, em razão da aplicação do princípio da retroatividade benigna, previsto no art. 106, do CTN**.

Destarte, a existência de matéria suscitada pela Recorrente e não analisada quando do exame de admissibilidade do Recurso Especial, demanda o respectivo complemento, a fim de se evitar a alegação de cerceamento de defesa.

Assim, proponho a conversão do presente julgamento em diligência à DIPRO/COJUL, para devolução à Câmara recorrida, para complementação do exame de admissibilidade do Recurso Especial interposto pela Contribuinte, examinando-se a terceira matéria suscitada - **cálculo da multa com base no art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, em razão da aplicação do princípio da retroatividade benigna, previsto no art. 106, do CTN** - adotando-se os procedimentos adequados, conforme o resultado da análise.

Após os desdobramentos pertinentes, os autos devem retornar a esta Relatora, para prosseguimento.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo