



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13656.001073/2004-98
Recurso nº 10.714.6551 Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9101-00.985 – 1ª Turma**
Sessão de 24 de maio de 2011
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE ELETRICIDADE DE POÇOS DE CALDAS - DME
Interessado FAZENDA NACIONAL

REGIMENTO INTERNO CARF – DECISÃO DEFINITIVA STF E STJ – ARTIGO 62-A DO ANEXO II DO RICARF – Segundo o artigo 62-A 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 543-B e 543-C 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros DA 1ª TURMA DA CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS, por unanimidade de votos, em afastar a preliminar de decadência. Os conselheiros Alberto Pinto Souza Junior e Viviane Vidal Wagner acompanharam a relatora pelas conclusões. Quanto ao mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidos os conselheiros Alberto Pinto Souza Junior, Valmir Sandri e Susy Gomes Hoffman, que davam provimento. No mérito, o conselheiro Antônio Carlos Guidoni Filho acompanhou a relatora pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo – Presidente.

(assinado digitalmente)

Karem Jureidini Dias – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo, Claudemir Rodrigues Malaquias, Valmir Sandri, Viviane Vidal Wagner, Susy Gomes Hoffmann, Alberto Pinto Souza Júnior, Karem Jureidini Dias, João Carlos de Lima Júnior, Antonio Carlos Guidoni Filho e Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial apresentado pelo Contribuinte, em face do Acórdão nº 107-08.768, da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes.

O Auto de Infração exige IRPJ (janeiro de 1999 a agosto de 2004), CSLL (janeiro de 1999 a setembro de 2004), COFINS (janeiro de 1999 a setembro de 2004) e PIS (janeiro de 1999 a setembro de 2004). Conforme relatado pela fiscalização, a empresa deixou de cumprir suas obrigações relativas a tais tributos, por entender que é autarquia municipal e, portanto, imune nos termos do artigo 150, VI, “a” e § 2º da Constituição Federal. Houve aplicação de multa de ofício de 75% e a ciência do Auto de Infração se deu em 15/12/2004 (fls. 2.697, conforme citado pela DRJ).

Impugnado o lançamento, sobreveio o acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, que julgou o lançamento procedente em parte, tendo sido deduzidos da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, os valores apurados à título de PIS e COFINS.

Sobrevieram, então, Recurso Voluntário e o acórdão da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, o qual acolheu a preliminar de decadência em relação ao primeiro, segundo e terceiro trimestre de 1999 para o IRPJ, e até 15 de dezembro para o PIS, e, por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário para excluir o valor de PASEP recolhido do valor exigido a título de PIS/PASEP no lançamento. Foi rejeitada, por voto de qualidade, a preliminar de decadência em relação a COFINS e a CSLL, bem como foram rejeitados, por unanimidade, o pedido de diligência e as nulidades suscitadas. No mérito, foi negado provimento ao Recurso Voluntário. Ainda, por unanimidade de votos, negou-se provimento ao Recurso de Ofício. A decisão restou assim ementada:

PERÍCIA/DILIGÊNCIA – PRESCINDIBILIDADE - A perícia se reserva à elucidação de pontos duvidosos que requeiram conhecimentos especializados para o deslinde do litígio, não se justificando quando o fato puder ser demonstrado pela juntada de documentos. (Acórdão nº 107-05.820 no Recurso nº 111.354) IRPJ/CSLL/PIS E COFINS – PESSOA JURÍDICA CRIADA COMO AUTARQUIA MUNICIPAL PARA EXECUTAR, POR CONCESSÃO, SERVIÇO PÚBLICO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO – NATUREZA JURÍDICA DE FATO – 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.

A Fazenda Nacional não apresentou Recurso Especial. O Contribuinte apresentou Recurso Especial, no qual alega que: (i) quanto à decadência da COFINS e da CSLL, deve ser aplicado o prazo de 5 anos da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (foi dado seguimento nesta parte ao Recurso Especial de Divergência); (ii) não deve incidir a CSLL, uma vez que a empresa não auferiu saldo tributável (nesta parte negado seguimento ao Recurso Especial de Divergência); (iii) por ser entidade de natureza autárquica e, portanto, imune, não está sujeita à incidência de IRPJ, COFINS e CSLL (nesta parte foi dado seguimento ao Recurso Especial de Divergência); e (iv) as autarquias não são contribuintes do PIS, nos termos da Lei Complementar nº 07/70, mas apenas após a entrada em vigor da Lei nº 9.715/98, devem contribuir nos termos do inciso III, e não do inciso II, do artigo 2º da referida Lei (item não tratado no Despacho de Admissibilidade Recursal).

Quanto à matéria não conhecida, o contribuinte interpôs agravo, o qual foi rejeitado.

Assim, segue para análise da turma as questões relativas à decadência da COFINS e da CSLL e da imunidade autárquica, matéria em relação às quais foi dado seguimento ao Recurso Especial de Divergência (Despacho de fls. 3.163/3.164).

É o relatório.

Voto

Conselheira Karem Jureidini Dias, Relatora

O Recurso é tempestivo e foi determinado seu seguimento em juízo de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

Apesar da alegação específica em relação ao fundamento legal utilizado para incidência da Contribuição ao PIS não ter sido analisada pelo Despacho Decisório, tal fato em nada prejudica o andamento e julgamento do Recurso Especial. Explico, a alegação da Recorrente sobre a base legal utilizada para o lançamento da Contribuição ao PIS não está fulcrada em qualquer divergência de julgamento, o que não torna esse argumento, por si só, passível de conhecimento em Recurso Especial de Divergência. Referido argumento só se presta a ressaltar que o recolhimento feito pela Recorrente a título da referida Contribuição seria correto, não havendo cobrança remanescente se, ao final e ao cabo, verificado que se trata de pessoa jurídica de direito público interno, para cuja atividade não houve equiparação à pessoa jurídica de direito privado pela legislação do Imposto sobre a Renda.

Neste passo, passo à análise do Recurso Especial de Divergência interposto pelo contribuinte.

Primeiramente, no tocante à decadência, verifico que o acórdão recorrido não acolheu a decadência da CSLL e da COFINS, por aplicar o prazo de 10 (dez) anos previsto no artigo 45 da Lei nº 8.212/91.

Ocorre que o referido dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que aprovou a Súmula nº 08, que prevê: “são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário” (D.O.U. de 20/06/2008).

Sobre este aspecto, lembro que respectiva súmula tem efeito vinculante para a administração e julgadores, nos termos do artigo 103, “a” da Constituição Federal de 1988, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e também do disposto nos artigos 64-A e 64-B da Lei nº 9.784/99.

Portanto, respaldada nas decisões e súmula do Supremo Tribunal Federal, bem como nas decisões do Superior Tribunal de Justiça e dessa C. Câmara Superior de Recursos Fiscais (acórdãos nº CSRF/01-05.473, sessão de 19/06/2006 e CSRF/01-05.533, sessão de 19/07/2003, entre outros), afasto a aplicação do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 e, conseqüentemente, o prazo de 10 anos para a constituição do crédito tributário.

Neste passo, resta saber se aplicável, *in casu*, o prazo previsto no artigo 150, § 4º, tal como requer o contribuinte, ou se no artigo 173, I, ambos do Código Tributário Nacional.

Tendo em vista a alteração do Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, com o acréscimo do artigo 62-A, no Anexo II, necessário se faz que este colegiado adote o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, quando a matéria tenha sido julgada por meio de Recurso

Representativo de Controvérsia, nos termos do artigo 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil. Eis a redação do artigo 62-A do Anexo II, do Ricarf:

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.

No tocante ao prazo decadencial aplicável aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0), sessão em 12 de agosto de 2009, relator o Ministro Luiz Fux, pacificou entendimento a ser adotado por aquele colegiado, em acórdão assim ementado:

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).*

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde,

inaludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

(...)

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (destaques do original)

Neste passo, a despeito do posicionamento que sempre adotei, em razão da atual previsão regimental do CARF, manifesto-me por acolher o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do prazo decadencial aplicável.

Considerando que no caso não há acusação de dolo, havendo pagamento parcial, de se aplicar o artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional; de outra parte, não se verificando o pagamento parcial, deve ser aplicado o artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Uma vez que entendia a Recorrente ser entidade imune e não estar obrigada ao recolhimento dos tributos em análise, bem como estar desobrigada da entrega de DIPJ e DCTF, não se constata quaisquer pagamentos nos presentes autos, razão pela qual, seguindo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de se aplicar o artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional

Neste ponto, se adotado o critério utilizado por este colegiado para interpretação do disposto no artigo 173, inciso I do Código Tributário Nacional, quanto ao à CSLL (lançamento trimestral), este poderia ser objeto de lançamento no trimestre seguinte ao do fato gerador, razão pela qual o início da contagem do prazo decadencial ocorreria em 01º de janeiro do ano-seguinte àquele trimestre.

De se verificar, contudo, que não adota esta julgadora seu posicionamento pessoal, o qual seria pela aplicação do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional, tampouco deve aplicar interpretação, ainda que sedimentada, deste colegiado no que concerne à interpretação do disposto no artigo 173, do Código Tributário Nacional. Como dito, por força regimental, naquilo que houve decisão específica por parte do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Repetitivo, deve ser o *decisum* aplicado ao caso *sub judice* neste Colegiado. Se assim é, vale repetir a conclusão constante do item 3 da ementa do Recurso Especial nº 973.733-SC, de relatoria do Exmo. Ministro Luiz Fux, quando ainda participava do Superior Tribunal de Justiça:

“3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele

em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, ineludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação (...)"

Ora, ao se aplicar a decisão do STJ, sem pestanejar, no que tange ao *dies a quo* do prazo decadencial previsto no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, teríamos que adotar o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, considerando, ainda, que para o Superior Tribunal de Justiça, independentemente de ser Contribuição ao PIS/COFINS ou IRPJ/CSLL, o exercício seguinte tem início em 01º de janeiro.

Nessa medida, de se verificar que, se a ciência ocorreu em 15/12/2004, e o fato gerador mais antigo é janeiro de 1999, sendo o início do prazo decadencial em janeiro de 2000, não se verifica a decadência. Rejeito, assim, a preliminar de decadência.

No tocante à imunidade, o Despacho que deu seguimento ao Recurso Especial nesta parte (fls. 3.164/3.165) examinou a divergência nos seguintes termos:

"A recorrente traz aos autos, como paradigma, o acórdão nº 101-94.474, que reconheceu imunidade de autarquia estadual a qual, mediante concessão federal, explora atividades portuárias.

De acordo com o acórdão recorrido, o ponto central para o deslinde da questão seria o fato de que "o serviço de energia elétrica, ainda que explorado pela iniciativa privada, por concessão ou permissão, é de natureza eminentemente pública de titularidade da União" (fls. 2877), e não do Município de Poços de Caldas. E adiante continua: "Se a Prefeitura de Poços de Caldas resolveu explorar a concessão da atividade deve se submeter a todas as regras, inclusive tributárias, aplicáveis aos empreendimentos privados, como aliás se submetem todas as empresas públicas ou de economia mista, sejam federais, estaduais ou municipais" (fls.2878).

A controvérsia está bem definida no próprio acórdão recorrido, o qual, partindo do pressuposto que se trata de autarquia municipal, assevera que a Prefeitura de Poços de Caldas, ao explorar, por concessão, 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 – federais, estaduais ou municipais.

Assevera, ainda, que o serviço público federal como "*longa manus*" do Município só estaria subsumido à imunidade se o serviço público explorado fosse de titularidade do Município.

O acórdão caminha no sentido de: (i) demonstrar que o serviço de energia elétrica é de competência da União Federal, conforme disposto no artigo 21 da Constituição Federal; (ii) o exercício de serviço público pelo Município, por meio de concessão, entra no regime da discricionariedade administrativa; (iii) seria uma concorrência desleal com as demais empresas do setor que também prestam o mesmo serviço na forma de concessão; e (iv) segundo o artigo 150, § 3º, da Constituição Federal, a imunidade não se aplica "*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 (...)", ainda que prestada por autarquia.

Já o acórdão paradigma, tratando de autarquia estadual que, por concessão, desenvolve serviço público da União (atividade portuária), entendeu que a imunidade se aplica. Transcrevo a ementa do referido acórdão:

"IRPJ — AUTARQUIA ESTADUAL — CONCESSÃO FEDERAL — EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADES PORTUÁRIAS — SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL — IMUNIDADE — CF. ART. 150, § 3º – A exploração, por autarquia estadual, de atividades portuárias realizadas em face de concessão outorgada pela União Federal, constitui serviço público de caráter essencial vinculado a atividades próprias do Estado, não relacionáveis, conseqüentemente, a exercício de atividades econômicas. Imunidade."

Assim, partindo do pressuposto que se trata de autarquia municipal que presta serviço de titularidade de outro ente da federação, resta saber se é aplicável a imunidade recíproca prevista na Constituição Federal, no artigo 150, VI, 'a', c/c seu § 2º.

A fim de esclarecer melhor a questão, reproduzo o teor da referida norma constitucional que determina a imunidade recíproca:

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 voto condutor do acórdão recorrido aponta, como razões para afastar a imunidade, que a prestação de tal serviço pelo Município:

"- gera, compra no mercado e distribuiu energia elétrica mediante cobrança de tarifa ou preço dos usuários que se dispõe a pagar por um serviço não essencial à vida e à saúde;

- *age como empreendimento privado, na medida em que corta a energia dos inadimplentes;*
- *auferir receitas da locação da infra-estrutura da sua rede de distribuição;*
- *participa do capital social de outros empreendimentos privados de geração de energia...*

Dadas as razões expostas, entendo relevante fazer referência ao acórdão proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no RE nº 399.307/MG, publicado em 29/04/2010. No referido julgado, o Relator Ministro Joaquim Barbosa aponta, em seu voto, os requisitos a serem analisados para que se possa concluir se a uma determinada autarquia ou empresa pública, deve ou não ser aplicada 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).”*

Ainda, segundo o voto do Ministro Joaquim Barbosa, *“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”*. E prossegue: *“somente as materialidades ligadas inexoravelmente ao exercício de funções estatais e de estritos serviços públicos estão abrangidas pelo benefício”*.

Importante ressaltar que o referido julgado do Supremo Tribunal Federal trata do serviço público de água e esgoto, remunerado e prestado por autarquia. Ou seja, não existe a discussão de ser serviço próprio ou não do ente que a criou. Sobre o ponto central discutido no julgado do Supremo Tribunal Federal, como já decidido por este Conselho, a cobrança de tarifa, isoladamente considerada, não altera a condição necessária ao reconhecimento da imunidade. Desta forma, tal acusação para a desqualificação da imunidade resta, a meu ver, insuficiente.

A cobrança de tarifas, por si só, na implica em característica suficiente a atividade como econômica. Isto porque, a cobrança de tarifa pode servir tanto para que o Estado, por meio de empresa pública, obtenha lucro a permitir um acréscimo patrimonial, quanto para que a prestação do serviço público se torne viável a custos razoáveis para a sociedade.

Esta é inclusive a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao quanto disposto no § 3º do artigo 150, o que se extrai da seguinte ementa:

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. (STF – 2ª Turma - Agravo Regimental no RE nº 399.307/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publicação em 29/04/2010).

Pela análise dos autos, não vislumbro que a cobrança de tarifa visa propiciar o acréscimo patrimonial, mas faz parte da própria prestação do serviço de energia elétrica, assim como ocorre com o serviço de água e esgoto, analisado no julgado transcrito.

Ademais, a Lei nº 2.547, de 1977, que alterou e deu nova redação à Lei Municipal nº 420, que criou a Recorrente, determina, em seu artigo 4º, que “o lucro líquido apurado na exploração do Serviço de Eletricidade será TOTALMENTE reinvestido nas obras ou serviços de eletricidade, ressaltando-se as obrigações para com os poderes concedentes, tais como o depósito vinculado em caso de verificação do resultado positivo na conta de Resultados a Compensar e a Manutenção de Reservas Mínimas de Caixa”. Não consta nos autos qualquer acusação de que a referida autarquia distribua lucros ou resultados a particulares.

Antes de analisar esta questão, quanto à possibilidade de corte de energia elétrica, verifico que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de ser lícito, após prévio aviso, independente de o prestador ser ente político ou empresa concessionária, haja vista a necessidade de se preservar a continuidade do serviço público em atendimento ao interesse da coletividade, bem como que tal fato não enseja o afastamento da imunidade recíproca, *verbis*:

“ADMINISTRATIVO. ÁGUA. FORNECIMENTO. ART. 6º, § 3º, II, DA LEI Nº 8.987/95. CORTE. DÉBITO ANTIGO. ILEGALIDADE. 1. O princípio da continuidade do serviço público, assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, deve ser temperado, ante a regra do art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento quando, após aviso, permanecer inadimplente o

usuário, considerado o interesse da coletividade. Precedentes. (AgRg no REsp 1133507/RJ)”.

“ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ÁGUA. INTERRUPTÃO. USUÁRIO INADIMPLENTE. LEGALIDADE. 1. O STJ consolidou o entendimento de que é lícita a interrupção do fornecimento de água, após prévio aviso, nos casos de inadimplemento pelo usuário. 2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 589507/MG).”

Diante do exposto, retorno a necessária verificação da questão relativa à criação de uma autarquia, ora Recorrente, por Município para prestar serviço público de competência originária de ente político distinto daquele que a criou, analisando se, neste caso, restam atendidos os quesitos para fruição da imunidade recíproca.

A acusação fiscal, reproduzida em parte nos fundamentos do acórdão recorrido, suscita dúvida quanto ao fato de a autarquia ter como objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público, *in casu*, ao Município, e se tal atividade pode ser caracterizada como atividade econômica.

Verifico dos autos que a prestação dos serviços de energia elétrica foi concedida pela União ao Município de Poços de Caldas, por meio do Decreto nº 39.367/56, o qual foi juntado pela ora Recorrente às fls. 2.412. Nas folhas que se seguem, constam também Decretos posteriores que mantêm a concessão do serviço ao Município, o qual, por meio da ora Recorrente firmou com a União (representada pela ANEEL) “Contrato de Concessão para Distribuição de Energia Elétrica” (fls. 2.418 e ss.).

Conforme se constata das cláusulas do referido contrato, a União concede ao Município a exploração de um serviço público, e não a exploração, a princípio, de uma atividade econômica.

Em hipótese, como alega a Recorrente, o Município pode criar uma autarquia para prestar o serviço público por concessão, como sua “*longa manus*”. Nesse sentido, peço *vênia* para reproduzir parte dos argumentos do acórdão paradigma, em que se alcança conclusão semelhante:

A transferência da exploração das atividades portuárias para particulares, a partir da licitação e da terceirização do serviço por meio da concessão ou da permissão, teria em vista garantir a competitividade e a concorrência, quando prestada por particulares que têm a finalidade de lucro.

No caso, como vimos, por determinação constitucional, a União poderia realizar diretamente a administração dos portos de Antonina e Paranaguá, por se tratar de matéria relativa à segurança nacional ou à relevante interesse coletivo.

Porém, transferiu a execução direta a outro ente do Poder Público, por convênio, o Estado do Paraná, ente em posição isonômica na Federação (art. 175 da CF). O Estado do Paraná, por sua vez, para dar eficácia e autonomia à atuação, atribuiu função a um ente autárquico, desdobramento personalizado juridicamente da Administração Pública, que prescinde de licitação para a execução. Tem-se, portanto, que o Poder

Público exerce as atividades nos portos, por sua instrumentalização jurídica de direito público — autarquia estadual.

Diante disso, conclui-se que não houve a concessão em que o ente público responsável pelo serviço cede para terceiros do setor privado a sua exploração. Houve um desdobramento, ou uma descentralização do próprio Estado do Paraná com a constituição da autarquia para desempenhar suas atividades junto aos portos.

Caso considerasse que o Estado do Paraná agiu indevidamente ao atribuir tais atividades a uma autarquia, a União deveria rescindir o convênio ou então pleitear o reconhecimento judicial da suposta invalidade das leis estaduais que criaram a autarquia

Nessa linha de raciocínio, tanto o Município quanto a União são entes da Federação em posição de igualdade, razão pela qual, independentemente de o serviço de energia elétrica ser prestado por um ou por outro, novamente em hipótese, é passível de se enquadrar como serviço público, estando o ente prestador, consequentemente, abrangido pela imunidade recíproca.

Ainda que se entenda que a prestação de serviço por um ente federado, pela concessão de outro ente federado, por si só, não retire a sua característica de serviço público, não sendo este o único motivo para que se configure atividade econômica, outros pontos merecem análise.

Como relatado no acórdão recorrido, verifica-se situação em que a Recorrente auferia receitas na locação da infra-estrutura da sua rede de distribuição e participa do capital social de outros empreendimentos privados de geração de energia, portanto, em relação às mesmas atividades recebidas por concessão da União.

Ainda que com a atividade objeto da concessão não era possível à Recorrente distribuir lucros, entendo que a mesma desenvolveu atividades de cunho econômico, mormente porque não havia no contrato de concessão qualquer disposição de vinculação, inclusive em relação ao reflexo na baixa de preços, como deve ocorrer em situação de efetiva “*longa manus*” do Poder Público.

Parece-me que, no caso concreto, a matéria fática, ao menos de acordo com o que consta dos acórdãos, difere do paradigma colacionado e vai ao encontro do voto proferido e já citado pelo Ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, configurando-se como hipótese de exceção da aplicação da imunidade tributária recíproca.

Desta forma, entendo aplicável à Recorrente o § 3º do artigo 150 da Constituição Federal, que excepciona a regra da imunidade recíproca para as pessoas jurídicas cujo patrimônio, renda e serviços se relacionem com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados.

Assim sendo, ainda que não por todos os fundamentos expostos pela fiscalização e acórdão recorrido, adoto a conclusão deste último, pelo que voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Especial do contribuinte.

(assinado digitalmente)

Processo nº 13656.001073/2004-98
Acórdão n.º **9101-00.985**

CSRF-T1
Fl. 13

Karem Jureidini Dias – Relatora.