



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

Processo nº 13656.721239/2012-04
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1103-000.175 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Data 03 de março de 2015
Assunto Solicitação de diligências
Recorrente DME DISTRIBUIÇÃO S/A - DMED
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade, converter o julgamento em diligência.

(assinado digitalmente)

Aloysio José Percínio da Silva - Presidente.

Fábio Nieves Barreira - Relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Redator *ad hoc*, designado para formalizar a Resolução.

Participaram do julgamento os conselheiros: Aloysio José Percínio da Silva, Fábio Nieves Barreira, Marcos Shigueo Takata, Eduardo Martins Neiva Monteiro, André Mendes Moura e Breno Ferreira Martins Vasconcelos.

Tendo em vista que, na data da formalização da decisão, o relator Fábio Nieves Barreira não integra o quadro de Conselheiros do CARF, o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado foi designado *ad hoc* como o responsável pela formalização da presente Resolução, o que se deu na data de 25/08/2015.

Relatório

I. FATOS

Consta do Termo de Verificação Fiscal que a recorrente foi intimada a apresentar os Atos Legais Constitutivos, Livros Fiscais, Balanços Patrimoniais, Balancetes de Verificação, Demonstrações de Resultado do Exercício, Estrutura do Balanço, Plano de Contas, DIPJ, DCTF, DACON, dentre outros documentos.

A recorrente, autarquia municipal no período fiscalizado, cuja sua finalidade constitutiva consistia em atuar no setor elétrico, exibiu, em meio magnético, sua contabilidade segundo as regras do direito societário e normas da Aneel, e justificou, pelos mesmos fundamentos, a falta de entrega da DIPJ e a DACON.

Todavia, entendeu o r. agente fiscal que a recorrente desenvolve atividades de mercado, prevista nos 173 e 175 da Constituição da República, o que afastaria a condição de imune, estipulada no artigo 150, VI, “a”, da Lei Maior.

Estribada na premissa adotada, a r. fiscalização elaborou, com base nas informações prestadas pela recorrente, balancetes das contas do ativo e do passivo da fiscalizada, referente aos anos de 2007, 2008, 2009 e primeiro trimestre de 2010, e alcançou as seguintes divergências:

“(…)

Balancete obtido da contabilidade digital apresentada e dados das Demonstrações de Resultado consignados no Diário Geral de dezembro de cada ano-base, e dados obtidos dos Livros Razão, apresentados em meio digital, formato PDF, informam valores divergentes para o resultado exercício, consoante o período fiscalizado:

Ano de 2007 LUCRO OU PREJUÍZO LÍQUIDO DO EXERCÍCIO: 298.252.144,23 DRE 31/12/2006/2007 (Em milhares) : 28.897 - Diário Geral nº 275 - fl. 829 DRE 31/12/2007/2008 (Em milhares) : 18.158 - Diário Geral nº 287 - fl. 934 Razão 2007, fls. 620, 626, 658 e 662 - Lucro: 52.248.781,46 (contas: 23.218, 23.578, 23.607 e 23.636)

Ano de 2008:

LUCRO OU PREJUÍZO LÍQUIDO DO EXERCÍCIO: 325.461.204,80 DRE 31/12/2007/2008 (Em milhares) :39.371 - Diário Geral nº 287 - fl. 934 DRE 31/12/2008/2009 (Em milhares) :35.976 - Diário Geral nº 299 - fl. 840 Razão 2008, fl. 622 - Lucro:39.370.852,33 **Ano de 2009:**

LUCRO OU PREJUÍZO LÍQUIDO DO EXERCÍCIO: 302.638.578,44 DRE 31/12/2008/2009 (Em milhares) :11.847 - Diário Geral nº 299 - fl. 840 Razão 2009, fl. 540 -Lucro:23.552.636,68 Primeiro Trimestre de 2010:

Razão 2010 - fls. 1044 e 1083 - Lucro: 13.568.989,99- (contas: 23.218, 23:578, 23.607 e 23.636)

Razão societária: contas: 23.636, 23.607 e 23.578, fls. 1592 e 1600 **As discrepâncias encontradas na contabilidade da fiscalizada urge sejam esclarecidas,**

pois aliado ao fato da fiscalizada não apurar o LALUR - Livro de Apuração do Lucro Real, mais os desencontros apontados, podem ensejar ao arbitramento das receitas conhecidas da fiscalizada, ao invés de se apurar o IRPJ e CSLL na forma anual sobre seu lucro líquido apontado, mais a tributação das contribuições ao PIS e a COFINS. sobre seu faturamento mensal, na forma cumulativa, para o período fiscalizado.

Finalmente, solicita-se ainda a apresentação, do original, dos Livros Razão do mês de dezembro dos anos de 2007, 2008 e 2009, além do Livro Razão dos meses de abril, maio e dezembro de 2010.

(...)”Intimada, a recorrente afirma a legalidade do seu procedimento, escorada na instrução geral nº 7 do Manual de Contabilidade do Setor Elétrico da ANEEL, que dispõe:

“No encerramento do exercício, as contas do Sistema de Resultado serão encerradas organicamente, por transferência para os respectivos Subgrupos, conforme descrito na Técnica de Funcionamento dessas contas. Esses Subgrupos, por seu turno, serão encerrados organicamente, por transferência para os respectivos Grupos. Os Grupos 61 - Resultado Operacional, 63- Resultado Operacional Financeiro e 67 - Resultado Não Operacional serão encerrados organicamente, por transferência para o Subsistema 6 - Resultado do Exercício Antes da Contribuição social e Imposto de Renda.. O saldo desse Subsistema será transferido, conforme seja positivo ou negativo, para a subconta 710.0x.1.1.01 - Lucro do Exercício ou 710.0x1.1.02 - (-) Prejuízo do Exercício, respectivamente. O Subgrupo 710 - resultado do Exercício será encerrado organicamente/por transferência para o respectivo Grupo. O Grupo 71 - resultado do Exercício, será encerrado organicamente, por transferência para o Subsistema 7 - Lucro ou Prejuízo do Exercício. O saldo desse subsistema deverá ser transferido, se positivo, para a conta 248.01 - Lucros Acumulados: se negativo, para a conta retificadora 248.51 - (-) Prejuízos Acumulados.”

A autoridade fiscal, lembrando que a recorrente fora submetida a processo fiscalização, MPF-F nº 0611200-2004-00109-9, que resultou em lançamento de ofício, confirmado pelo então Primeiro Conselho, 7ª Câmara, Cons. Rel. Luiz Martins Valero, Proc. nº 13656.001073/2004-98, conclui:

“A fiscalizada embora tenha sido enquadrada pela ANEEL, para o período desta fiscalização como entidade isenta de recolher os impostos federais, sendo por via de consequência autorizada em reajustar suas tarifas no percentual menor do que aquelas que se apresentam contribuintes de todos os tributos das três esferas do poder.

Impende considerar contudo, que a ANEEL não tem o poder de isenciar qualquer empresa ou sociedade revestida na forma Autárquica, apenas deferiu o percentual para reajuste de tarifas sobre a comercialização de eletricidade, de 9,95% ao invés de 15,08%, seguindo o quadro que se apresentava a ela, que foi levado pela própria fiscalizada, seus Atos Constitutivos - Lei Municipal nº 2.547/77.

(...)

Cumpre esclarecer que referida tarifação incide sobre a comercialização de energia elétrica, havendo ainda as outras modalidades desta atividade mercantil, A PRODUÇÃO, A DISTRIBUIÇÃO E ATIVIDADE NÃO VINCULADAS AO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA - outras atividades não operacionais, por exemplo receitas financeiras, etc...

Mas, mesmo assim, a tarifação da fiscalizada para o público consumidor do Município de Poços de Caldas e seu excedente revertido para o mercado nacional, é em vários casos igual ou superior aos preços cobrados pelas suas congêneres, que submetem suas receitas e propriedades à tributação dos entes Municipal, Estadual e Federal, consoante o fato gerador apresentado.

Finalmente, verifica-se dos Resultados das atividades da fiscalizada que auferiu lucro em todos os anos fiscalizados, que conforme TABELA anexa a este AUTO DE INFRAÇÃO e este TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL, retrata a base imponible para a quantificação dos impostos e contribuições devidas pela fiscalizada, que apresentamos abaixo o resultado para o ano-calendário de 2007.

Foram edificados quatro autos de infração, conforme abaixo:

1) IMPOSTO; DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA, calculado na forma anual, alíquota de 15%, mais o adicional de 10%, sobre o lucro líquido da fiscalizada, extraído do livro Razão, consoante a forma de apurar da fiscalizada que segue o Manual de Contabilidade do Setor Elétrico da ANEEL, cujo resultado perfaz a soma de R\$16.086.699,79 (composto de Imposto, mais Juros de Mora e Multa Proporcional);

2) CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO, com base na mesma base imponible para o cálculo do IRPJ, porém a alíquota é de 9%, adequada a esta contribuição, no montante constituído de R\$5.810.515,39 (composta de CSLL, mais Juros de Mora e Multa Proporcional);

3) CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL, cuja tributação se faz pelo faturamento mensal da fiscalizada, na forma cumulativa, para o período fiscalizado, tendo por alíquota 3% do faturamento obtido dos Livros Razão e Balancetes apresentados pela fiscalizada, obtendo o quantum de crédito tributário constituído de R\$923.407,97;

4) PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL, mesmo tipo de tributação para a contribuição à COFINS, e mesmo tratamento tributário, sob alíquota de 0,65%, constituído o crédito total de R\$200.071,71.

Impende considerar que embora a fiscalizada consolide sua contabilidade seguindo o Manual de Contabilidade do Setor Elétrico da ANEEL, deixa a desejar no que concerne a apuração Lucro Real, pois não edita o LALUR, livro de Apuração do Lucro Real, afeto a todas as societárias.

E, em face a busca pela adequação da contabilidade da fiscalizada às normas tributárias federais, tivemos de intimá-la em diversas ocasiões para assim proceder, pois tributá-la sem consignar o prazo exequível para que a fiscalizada, entendesse e querendo, pudesse atender às determinações do fisco e assim tivesse prazo para tanto, e para que não fosse suscitado cerceamento de defesa da fiscalizada, concedemos prazo em lapso temporal bem elástico, pois foram mais de 5 (cinco) Termos de Intimação para atender, visando edificar o presente lançamento tributário, tendo em vista que referida fiscalização iniciou-se em maio de 2011, portanto mais de um ano e meio como prazo pertinente para refazer a presente contabilidade ditada pela a ANEEL para a contabilidade societária daquelas sociedades que apuram e recolhem os tributos federais consoante legislação de regência.”

Inconformada, a recorrente ofertou impugnação, contrapondo-se ao lançamento tributário, aduzindo:

a) Preliminarmente:

A recorrente defende a nulidade do lançamento tributário, por erro material, nos termos dos artigos 142 e 149, do CTN, em face das seguintes ilegalidades na constituição do crédito tributário:

i. Apuração do IRPJ e da CSLL em bases trimestrais:

A recorrente inicia por apontar como ilegalidade do trabalho fiscal a apuração do IRPJ e da CSLL em base anual, enquanto a recorrente utiliza o critério trimestral (arts. 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96), o que resultaria em exigência tributária a maior de R\$ 980.493,33, a título de IRPJ e R\$ 355.137,59, de CSLL.

Ressalta a recorrente que “as diferenças decorrem de não terem sido consideradas as exclusões referentes à equivalência patrimonial, nos termos dos artigos 389 do RIR/1999 e art. 39, § 1º, I, da Instrução Normativa SRF nº 390/2004; e tampouco os encargos financeiros incidentes sobre créditos vencidos e não recebidos, auferidos após decorridos 2 meses do vencimento do crédito, observada c condições previstas na legislação, conforme art. 342 do RIR/99 e caput art. 47 da Instrução Normativa SRF nº 390/2004, conforme autoriza o art. 342 do RIR/1999 e caput art. 47 da Instrução Normativa SRF nº 390/2004”. ii. Apuração não-cumulativa do PIS e COFINS:

Aduz a recorrente que está sujeita à tributação pelo regime da não-cumulatividade, em face da sua opção pelo lucro real.

b) Mérito:

i. Natureza jurídica de autarquia:

Diz a recorrente que possui natureza jurídica de autarquia, fato que seria reconhecido pela Fazenda Nacional.

ii. Ausência de natureza mercantil:

A recorrente alega que a r. autoridade fiscal concluiu pela atuação mercantil da recorrente diante de dois elementos: a) corte de fornecimento elétrico do consumidor inadimplente; e b) existência de contratos de concessão de direito de uso e de autorização para determinadas empresas utilizarem a rede de postes instalados no Município de Poços de Caldas.

Quanto ao primeiro argumento, ressalta que o STJ, no REsp. nº 615.705/PR, Rel. Min. Luiz Fux, reconheceu a legalidade do corte de energia elétrica, com fundamento, entre outros, na Lei nº 8.987/95.

Quanto ao segundo argumento, aduz que obedece a norma da ANEEL:

“A Resolução conjunta nº 001, de 24 de novembro de 1999, da ANEEL, da ANATEL e da ANP aprovou o Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo - cópia em anexo. O art. 4o do referido Regulamento está assim redigido:

‘Art. 4º O agente que explora serviços públicos de energia elétrica, serviços de telecomunicações de interesse coletivo ou serviços de transporte rodoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, tem direito a compartilhar infra-estrutura de outro agente

de qualquer destes setores, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, na forma deste Regulamento.’.

(...)

Isto posto, nitidamente caracterizado o serviço público e a forma de sua prestação, sendo impossível considerar, como pretendeu o agente fiscal, o DMED como pessoa jurídica sujeita ao regime público de direito privado. O DMED era entidade autárquica instituída mediante a Lei Municipal nº 420, de 1954, alterada pela Lei nº 2.547, de 1977. Era autarquia expressamente declarada pelo diploma normativo, com as especificidades e garantias que cercam a administração pública indireta sob a forma autárquica, possuidora das seguintes características: é entidade vinculada à ANEEL; com a nomeação de sua autoridade competente, o Diretor, por aprovação direta do Prefeito do Município de Poços de Caldas; está incluída no orçamento do Município de Poços de Caldas, com suas despesas reguladas pela Lei nº 4.320, de 17.03.64, que regula as normas gerais de elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal; explora serviço público de interesse geral mediante contrato de concessão entre a pessoa política que o instituiu, o Município de Poços de Caldas e a União Federal, não exercendo atividade econômica com o intuito de obter lucro.”

iii. Imunidade:

Inicia a recorrente por asseverar que é imune a exigência de impostos, nos termos do art. 150, VI, “a”, CR.

Além disso, não seria contribuinte do IRPJ e da CSLL, pois não experimentaria acréscimo patrimonial, o fato gerador dos tributos:

“(…) visto que artigo 4º. da Lei nº 2.547, de 1977, que alterou e deu nova redação à Lei Municipal nº 420, determina 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 resultado positivo na conta de Resultados a Compensar e a Manutenção de Reservas Mínimas de Caixa.”

No que tange às contribuições sociais PIS e COFINS, o art. 2º, inciso II e parágrafo único, art. 3º, 10, 22 e 51 do Decreto no. 4.524/02, dizem que a COFINS é devida pelas pessoas jurídicas de direito privado. A mesma mensagem legislativa se encontraria nos artigos 1º e 3º, da LC nº 7/70.

A recorrente, por não ser pessoa jurídica de direito privado, estaria ao largo da norma de incidência das contribuições ao PIS e COFINS.

iv. Aplicação de penalidade:

Sustenta a recorrente que não há como o Estado exercer o poder de polícia contra pessoa jurídica de direito público, submetida ao regime de direito público quanto à criação, extinção, poderes, prerrogativas, privilégios e sujeições; seria admitir a punição uns dos outros, como se todos não integrassem a Administração Pública.

v. Perícia:

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

Autenticado digitalmente em 01/09/2015 por LUIZ TADEU MATOSINHO MACHADO, Assinado digitalmente em 08/09/2015 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 01/09/2015 por LUIZ TADEU MATOSINHO MACHADO

Impresso em 09/09/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A recorrente requereu a realização de perícia, apresentando quesitos, que, essencialmente, dispõe sobre questões de direito.

Foi proferido julgamento, mantendo o trabalho fiscal, conforme ementa abaixo colacionada:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA Ano-calendário: 2007 AUTARQUIA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA.

Não está amparada pela imunidade de que trata o art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, a autarquia que exerça atividade de produção e distribuição de energia elétrica, caracterizada como atividade mercantil.

REGIME TRIBUTÁRIO.

Autarquia que, em função de explorar atividade própria das empresas públicas, sociedades de economia mista ou mesmo de empresas privadas, deve ser submetida ao regime tributário imposto a essas.

Manifestação de Inconformidade Improcedente Crédito Tributário Mantido A recorrente interpôs recurso voluntário, aduzindo que a falha formal não é suficiente à negativa da realização da perícia, pois deve prevalecer o princípio da verdade material. Por essa razão, requereu a realização de diligência, com fundamento no art. 18, §7º, do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes.

Reitera as preliminares que arguiu na impugnação, ressaltando que a nulidade do lançamento não se restringe aos artigos 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72, sendo, portanto, possível juridicamente, o reconhecimento da nulidade por erro material positivada no art. 142, CTN. E, nesse passo, segue a recorrente sustentando o erro material pela apuração dos tributos, pelo agente fiscal, por critério diverso daquele que havia optado, ressaltando que as divergências apontadas estão nos documentos que instruíram a autuação e foram estampadas nas planilhas coladas impugnação.

No que tange ao PIS e à COFINS, repisa os argumentos levantados na impugnação, dizendo que a recorrente deveria ser tributada pelo regime não-cumulativo.

Também no mérito, traz novamente as articulações formuladas na peça de impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado - Redator *ad hoc*, designado para formalizar a Resolução.

Formalizo esta resolução por designação do presidente da 1ª Seção de Julgamento, ocorrida em 12/08/2015, tendo em vista que o relator do processo, Conselheiro Fábio Nieves Barreira, por ocasião do julgamento realizado em 03/03/2015, pela 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção do CARF, não efetuou a formalização e não pertence mais aos colegiados do CARF.

Ressalto, por oportuno, que não integrava o colegiado que proferiu o acórdão e, portanto, não participei do julgamento.

Portanto, o entendimento consubstanciado neste voto tem por base os elementos dos autos, a manifestação de voto apresentada pelo Conselheiro durante a sessão, que consta dos arquivos do CARF e, ainda, os dados constantes da ata da Sessão de Julgamento, realizada pela 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção do CARF, em 03/03/2015, e não exprime qualquer juízo de valor deste redator.

O recurso voluntário foi apresentado tempestivamente e, portanto, foi conhecido..

Não obstante, entenderam os membros do colegiado que o processo não estava em condições de ser julgado, tendo em vistas a existência de dúvidas quanto à observância, pela autoridade fiscal, do rito legal de suspensão de imunidade para a realização do lançamento.

Tendo em vista a alegação da recorrente de que é autarquia, que seria imune a exigência de impostos, nos termos do art. 150, VI, “a”, CF e que, por não ser pessoa jurídica de direito privado, estaria ao largo da norma de incidência das contribuições ao PIS e COFINS, os membros do colegiado, decidiram converter o processo em diligência para que a unidade preparadora verifique se foi cumprido o rito de suspensão de imunidade previsto no art. 32 da Lei nº 9.430/1996.

A autoridade fiscal responsável pelas diligências deverá elaborar relatório conclusivo, do qual deverá ser cientificada a interessada, observando-se o disposto no art. 35, parágrafo único do Decreto nº 7.574/2011.

Após, os autos devem ser devolvidos a este Conselho para julgamento.

Resolução formalizada em 25 de Agosto de 2015.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Redator *ad hoc*, designado para formalizar a resolução.