

Ganim
Advogados
Associados



XXXIV ENCONSEL

Encontro Nacional dos Contadores
do Setor de Energia Elétrica





COMITÊ TRIBUTÁRIO



**Ganim
Advogados
Associados**

DIVERSOS TEMAS TRIBUTÁRIOS DO SETOR ELÉTRICO

Atibaia – SP, 24.11.2018



Sumário:

1. Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS – Restituição ao Consumidor?
2. Tributação da Atualização do Ativo Financeiro nas transmissoras e distribuidoras;
3. Desconto do crédito de PIS/COFINS sobre o ativo intangível – Lei 12.973/2014;
4. Estorno do Crédito de PIS/Cofins relativo às Perdas Não Técnicas – Autuação RFB;





COMITÊ TRIBUTÁRIO



1. Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS
– Restituição ao Consumidor?





COMITÊ TRIBUTÁRIO

STF – JULGAMENTO DOS RE 240.785/MG
EM 08/10/2014 E 574.706/PR EM
15/03/2017

- O STF decidiu pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/Cofins, quando do julgamento do RE 574.706/PR, que estava afetado ao procedimento da repercussão geral, com efeito *erga omnes*.
- A AGU entrou com Embargo de Declaração, visando obter declaração, pelo STF, de que a decisão proferida em favor dos contribuintes geraria efeitos apenas a partir de janeiro de 2018.
- Aguardando trânsito em julgado.



CARF -
Processo nº 10935.906300/201259 -
Acórdão nº 3001000.113/2018

Decisão:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para (i) (...), e (ii) (...) ; por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo do PIS/Cofins o ICMS sobre vendas.



SOLUÇÃO DE CONSULTA INTERNA Nº 13 – COSIT DE 18/10/2018

- O montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição para o PIS/Pasep e Cofins, **é o valor mensal do ICMS a recolher**, conforme entendimento majoritário firmado no julgamento do RE nº 574.706/PR, pelo STF.
- Em 06.11.2018, a Receita Federal do Brasil (“RFB”) publicou comunicado em forma de “Nota de Esclarecimento” para **ratificar** seu entendimento quanto ao montante de ICMS que poderia ser excluído para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS, tanto em relação a fatos passados, quanto a períodos futuros.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

DECISÃO TRF 4ª. REGIÃO APÓS SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT

- **Decisão no sentido de se excluir o ICMS destacado na nota fiscal:**
 - ✓ 29/10/2018 - Processo 5040476-16.2018.4.04.0000
 - ✓ 30/10/2018 – Processo 5003099-73.2017.4.04.7201
 - ✓ 31/10/2018 – Processo 5041223-63.2018.4.04.0000

- Já existia decisões dos TRFs das 3ª, 4ª e 5ª Região, também para exclusão do ICMS destacado na nota fiscal, mas antes da Solução de Consulta nº 13, de 18.10.2018.



Posicionamento da Procuradoria Federal (AGU) na ANEEL em relação às cobranças retroativas:

➤ Parecer 324/2004-PF/ANEEL:

- Respaldou a alíquota efetiva na tarifa.

➤ Parecer 418/2005-PF/ANEEL:

- Admitiu a cobrança retroativa do ICMS sobre a CUSD de consumidor livre;

➤ Parecer 0500/2014-PF/ANEEL:

- Ilegalidade da incidência do ICMS sobre CDE;
- Repasse ao consumidor no limite temporal do art. 113, I, REN. 414/2010.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

Posicionamento da Procuradoria Federal (AGU) na ANEEL em relação às cobranças retroativas:

➤ Parecer 0050/2016-PF/ANEEL:

- Legalidade da incidência do PIS/Cofins sobre a CDE;
- Repasse pela alíquota efetiva;
- Não tratou do limite temporal.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

NOSSO POSICIONAMENTO:

- Não deve ser devolvido ao consumidor por meio da alíquota efetiva;
- Se for para devolver, a devolução deve ocorrer diretamente ao consumidor que assumiu o ônus na condição de contribuinte de fato, sob pena de se pagar duas vezes, pois o consumidor que se sentir prejudicado proporá ação de repetição de indébito.





COMITÊ TRIBUTÁRIO



2. Tributação da Atualização do Ativo Financeiro nas transmissoras e distribuidoras





COMITÊ TRIBUTÁRIO

DA INDENIZAÇÃO ÀS TRANSMISSORAS DOS ATIVOS EXISTENTES EM 31/05/2000

MP nº 579, art. 15. (...)

§ 2º Os bens reversíveis vinculados às concessões de transmissão de energia elétrica alcançadas pelo § 5º do art. 17 da Lei nº 9.074, de 1995, **existentes em 31 de maio de 2000**, independentemente da vida útil remanescente do equipamento, **serão considerados totalmente amortizados** pela receita auferida pelas concessionárias de transmissão, **não sendo indenizados** ou incluídos na receita de que trata o **caput**.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

DA INDENIZAÇÃO ÀS TRANSMISSORAS DOS ATIVOS EXISTENTES EM 31/05/2000 - RBSE

Lei nº 12.873/2013: Art. 15, caput, § 1º, § 2º e § 3º

- Autorizou o pagamento do valor relativo aos ativos considerados não depreciados existentes em 31 de maio de 2000, registrados pela concessionária e reconhecidos pela Aneel, atualizado até a data de seu efetivo pagamento à concessionária pelo prazo de 30 (trinta) anos, conforme regulamento.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

TRANSMISSORAS – PORTARIA 120/MME/CONJUR - RBSE

- O art. 1º, determinou que os ativos existentes em 31/maio/2000 (RBSE) compusesse a BRR, e o custo do capital (REMUNERAÇÃO + DEPRECIAÇÃO + tributos), não incorporado desde as prorrogações das concessões até o processo tarifário de 2017, fosse remunerado pelo capital próprio real, até o processo de revisão tarifária de 2017, atualizado pelo IPCA (§ 1º) , e passasse a compor a RAP, pelo prazo de 8 anos (§ 3º) .





COMITÊ TRIBUTÁRIO

TRANSMISSORAS – PORTARIA 120/MME/CONJUR

- O Reconhecimento pela ANEEL da **remuneração e atualização**, ensejou o registro contábil como receita operacional em 30.06.2016, contra o ativo financeiro. A RFB/Cosit, assim se manifestou:
 - Nota Cosit-E nº 243, 11.08.2016: Entendeu que a tributação dessa receita poderia ser diferida com base no § 3º, do art. 10 do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

§ 3º - No caso de empreitada ou fornecimento contratado, nas condições deste artigo, ou do § 2º, com pessoa jurídica de direito público, ou empresa sob seu controle, empresa pública, sociedade de economia mista ou sua subsidiária, o contribuinte **poderá diferir a tributação do lucro até sua realização**, (...):





COMITÊ TRIBUTÁRIO

TRANSMISSORAS – PORTARIA 120/MME/CONJUR

➤ **Nota Cosit-E nº 243, 11.08.2016:**

13. Diante do exposto, em resposta ao Ofício nº 220/2016-SE-MME, assevera-se **que a receita relativa ao disposto no § 2º, art. 15, da Lei nº 12.783**, de 2013, regulamentado pela Portaria do MME nº 120, de 20 de abril de 2016, poderá ser tributada à medida dos recebimentos **de acordo com o art. 36 da Lei nº 12.973, de 2014, se se enquadrar nas hipóteses nele previstas, ou com base no § 3º do art. 10 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977**, que permite o diferimento da tributação do lucro apurado com base em receitas decorrentes de contratos de concessão firmados com o poder público.



TRANSMISSORAS – PORTARIA 120/MME/CONJUR

➤ Nota Cosit-E nº 350, 08.12.2016

3.1. Com base nos elementos trazidos pela Secretaria Executiva do Ministério de Minas e Energia, somados à consulta efetuada no sítio da Aneel, **constata-se que todos os condicionantes para fruição do diferimento estão presentes no caso, a saber:** a forma de concessão prevê existência de contrato, como consta no art. 15 da Lei 12.783, de 2013; este contrato é firmado entre a concessionária e a União por intermédio da Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel; o objeto do contrato é a concessão do serviço público de transmissão de energia elétrica, caracterizado como fornecimento de serviço; e o prazo do contrato é superior à um ano, constando na nota informativa nº 048/2016/ASSEC/GM-MME que “..o § 3º, do art.15, da Lei nº 12.783/2013 estabeleceu como prazo de pagamento até 30 anos, período compatível com o da concessão.”.



TRANSMISSORAS – ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA - RESUMO

- **Concessões Prorrogadas:**

- Ativo Financeiro da RBSE existente em 31.05.2000, incluído na BRR, a receber no prazo da concessão (30 anos);
- Ativo Financeiro decorrente da remuneração, atualizada, dos valores não recebidos referente a 2013 até 2017, incluído na tarifa, a receber em 8 anos;
- Ambos os casos aplica-se a Parcela Variável e a atualização pelo IPCA (C/A?);
- Novos ativos comporão a BRR e terão tratamento semelhante ao da distribuição (C/A? e AVJ?);
- Atualmente a RAP é = O&M + 1/8 avos.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

TRANSMISSORAS – ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA

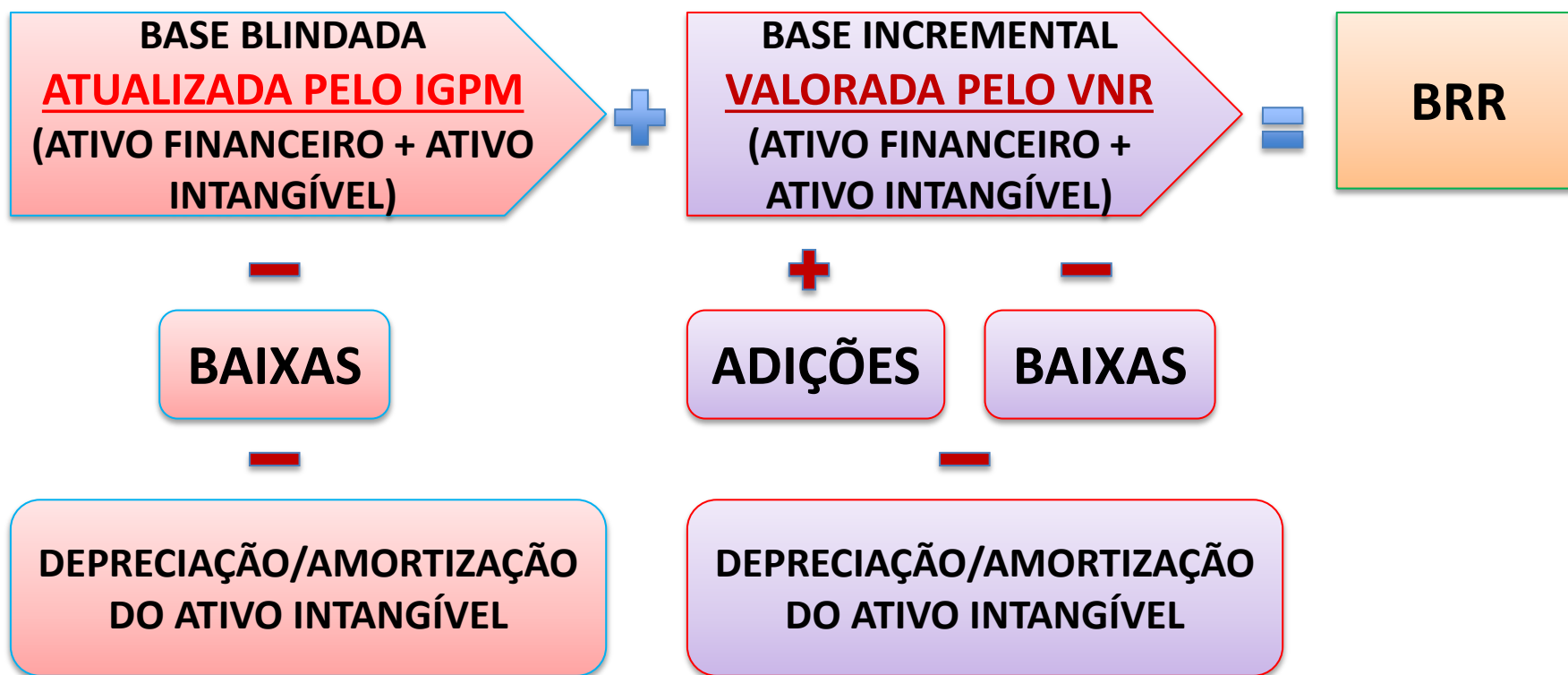
- **Concessões não submetidas à Prorrogação da Lei 12.873**
 - Ativo Financeiro = RBSE >>> Atualização por índice, sujeito à PV, (C/A?);
- **Concessões Licitadas:**
 - Ativo Financeiro = >>Atualizada por índice, sujeito à PV (C/A?);

A atualização do ativo financeiro, seja ela calculada com base em índices, ou com base no Valor Novo de Reposição – VNR, suportado por laudo de avaliação, será diferida para o momento de sua realização, por tratar-se de AVP/**AVJ**, nos termos dos art. 41, art. 90 ao art. 92 e art. 97 e art. 98, todos da IN.RFB nº 1.700/2017, **ou receita a ser tributada pelo art. 10 do DL. 1.598/1977.**



CONCESSIONÁRIAS DE DISTRIBUIÇÃO

E.E – BASE DE REMUNERAÇÃO



CONCESSIONÁRIAS DE DISTRIBUIÇÃO E.E – BASE DE REMUNERAÇÃO

➤ ATIVO FINANCEIRO:

- BASE BLINDADA > ATUALIZADA POR ÍNDICE (C/A):
 - Tributação diferida da receita como AVP ou com base no § 3º do art. 10 do DL nº 1.598/1977.
- BASE INCREMENTAL > AJUSTADA PELO VNR (A/M):
 - Tributação diferida da receita: Até a aprovação do laudo de avaliação pelo VNR da BRR, temos um AVJ.
 - **A partir dessa BRR, temos esse incremental compondo a base blindada, atualizada por índice.**

➤ **QUALQUER REDUÇÃO DA BASE INCREMENTAL DEVE SER AJUSTADA NA RECEITA DE CONSTRUÇÃO X AF/AI**

CONCESSIONÁRIAS DE DISTRIBUIÇÃO E.E – CONCESSÃO PRORROGADA

- Atualização do ativo financeiro transferido para o ativo intangível:
 - Estava sendo controlado na Parte B do E-lalur para tributação quando da indenização;
 - Com a transferência para o ativo intangível, o mesmo passa a ser amortizado, conseqüentemente deverá ser oferecido à tributação, de forma proporcional, a atualização financeira controlada na Parte B do E-lalur.





COMITÊ TRIBUTÁRIO



3. Desconto do crédito de PIS/COFINS sobre o ativo intangível – Lei nº 12.973/2014.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

LEIS 10.637/2002 E 10.833/2003

- **Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:**

VI - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros, ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços;

XI - bens incorporados ao ativo intangível, adquiridos para utilização na produção de bens destinados a venda ou na prestação de serviços.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

§ 21 E 29 DAS LEIS 10.637/2002 E 10.833/2003,
INCLUÍDO PELA LEI 12.973/2014

Na execução de contratos de concessão de serviços públicos, os créditos gerados pelos serviços de construção, recuperação, reforma, ampliação ou melhoramento de infraestrutura, quando a receita correspondente tiver contrapartida em ativo intangível, representativo de direito de exploração, ou em ativo financeiro, **somente poderão ser aproveitados, no caso do ativo intangível, à medida que este for amortizado** e, no caso do ativo financeiro, **na proporção de seu recebimento**, excetuado, para ambos os casos, o crédito previsto no inciso VI do caput.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

COMENTÁRIOS:

- **Há controvérsias quanto ao entendimento desses parágrafos 21 da Lei 10.637/2002 e 29 da Lei 10.833/2003.**
- **A exceção estaria permitindo tomar o crédito de máquinas e equipamentos registrados no ativo intangível, como se eles fossem ativo imobilizado;**
- **Com esse entendimento permaneceria a possibilidade do crédito em 1/24 avos ou de forma imediata, previstos nas Leis 11.488/2007 e 11.774/2008.**





COMITÊ TRIBUTÁRIO

COMENTÁRIOS:

- Desde 01.01.2015, o único crédito da distribuidora seria pela amortização do intangível. Não se poderia mais tomar crédito com base:
- Na depreciação dos bens, gerado no controle patrimonial para fins regulatórios;
 - No inciso XII, do art. 4º da Lei 11.774/2008 (imediato);
 - Art. 6º da Lei nº 11.488/2007 – 1/24 no caso de edificações incorporadas ao ativo imobilizado, adquiridas ou construídas para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços.





COMENTÁRIOS:

COMITÊ TRIBUTÁRIO

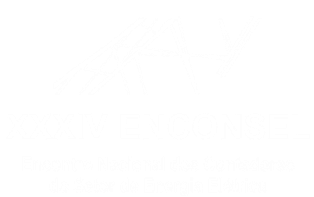
- Há uma necessidade de esclarecimento da Receita Federal do Brasil (RFB), no sentido de responder se:

A exceção prevista nos parágrafos 21 e 29 das Leis 10.637/2002 e 10.833/2002, respectivamente, é no sentido de permitir que as pessoas jurídicas detentoras de contratos de concessão de serviço público, para prestação dos serviços de construção, recuperação, (...) de infraestrutura, cuja receita correspondente tem contrapartida em ativo intangível e/ou financeiro, possam tomar os créditos na aquisição de máquinas e equipamentos, nos termos do inciso VI, do art. 3º das Leis 10.637 e 10.833, bem como nos termos do inciso XII, do art. 4º da Lei 11.774/2008 (imediato) e do art. 6º da Lei 11.488/2008, mesmo que esses bens sejam contabilizados como ativo intangível e não no ativo imobilizado?





COMITÊ TRIBUTÁRIO



4. Estorno do Crédito de PIS/Cofins relativo às Perdas Não Técnicas – Autuação RFB





COMITÊ TRIBUTÁRIO

ESTORNO DO CRÉDITO DE PIS/PASEP E COFINS SOBRE AS PERDAS

- Lei 10.637/2002 e Lei 10.833/2003.

Art. 3º (...):

§ 13. Deverá ser estornado o crédito da COFINS **relativo a bens adquiridos para revenda** ou utilizados como insumos na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, **que tenham sido furtados ou roubados**, inutilizados ou deteriorados, destruídos em sinistro ou, ainda, empregados em outros produtos que tenham tido a mesma destinação. (Incluído pela Lei nº 10.865, de 2004)





COMITÊ TRIBUTÁRIO

ENTENDIMENTO DA SOLUÇÃO DE CONSULTA INTERNA nº3 - COSIT

PERDAS NÃO TÉCNICAS (COMERCIAIS)

- **EMENTA: (...)**
- Entretanto, as distribuidoras de energia elétrica devem estornar dos créditos a parcela relativa às perdas de energia elétrica que excederem as perdas técnicas (perdas não técnicas), independentemente do motivo que tenha causado essas perdas (furtos de energia, erros de medição, erros no processo de faturamento, etc.).





COMITÊ TRIBUTÁRIO

ARGUMENTOS DE DEFESA

- Aplica-se às perdas não técnicas, o mesmo procedimento para inclusão das perdas técnicas no Custo de Aquisição de Energia Elétrica para fins de repasse na tarifa, nos termos do Submódulo 3.2 do PRORET (REN 604/2004).
- Portanto, estando as perdas, técnicas e não técnicas, dentro dos limites estabelecidos pela ANEEL, houve o repasse na tarifa ao consumidor, e a recuperação (recomposição) imediata das perdas técnicas e não técnicas, não cabendo o estorno do crédito do PIS/Cofins.



DECISÃO CARF
Processo 10384.720877/2014-11
Acórdão 3302003.146 (26/04/16)

➤ **PERDA TÉCNICA:**

“Além disso, frise-se que estes valores são repassados às tarifas de energia, sujeitando-se à incidência não-cumulativa, o que reforça ser indevido o lançamento, quanto à necessidade de se estornar créditos da não-cumulatividade da contribuição.”





COMITÊ TRIBUTÁRIO

ARGUMENTOS PARA NÃO ESTORNAR O CRÉDITO

- Se a distribuidora recupera as perdas na tarifa, ela tem o direito à manutenção do crédito.

O Acórdão 3302-003.146, da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, do CARF, considerou que a inclusão dos valores recuperados na base de cálculo do PIS e da COFINS, devolve ao contribuinte o direito à apropriação desses créditos estornados em período anterior, devendo a distribuidora realizar a reversão do estorno conforme os valores forem recuperados.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

COMENTÁRIOS:

- **O estorno dos créditos do PIS só deve ser realizado sobre a parcela das perdas não-técnicas que estiverem acima dos limites regulatórios.**
- **Quando as perdas, sejam elas técnicas ou não-técnicas (comerciais), estão inferiores ou iguais aos limites regulatórios fixados pela ANEEL, pode-se afirmar que não existiu perda financeira, mas tão-somente perda física.**
- **Deve-se verificar se o custo total da energia adquirida foi repassado ou não na tarifa: se foi, não importa a perda física, se não foi repassado, o crédito a estornar é somente sobre a parcela não repassada na tarifa.**





COMITÊ TRIBUTÁRIO

COMENTÁRIOS:

A Solução de Consulta nº 213, de 09/11/2011, da Disit/SRRF 9ª Região, que apesar de se posicionar no sentido de que o contribuinte deveria proceder ao estorno do crédito, se manifestou também no sentido de que, verificada a perda e depois, no momento em que aquela perda viesse a ser efetivamente recuperada, a respectiva receita não deveria compor a base de cálculo do PIS e da COFINS:





COMITÊ TRIBUTÁRIO

ARGUMENTOS PARA NÃO ADICIONAR O VALOR DA PERDA NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ/CSLL

- Quando se apura as perdas não técnicas, não se pode afirmar que se trata de FURTO. Assim, não é possível fazer um Boletim de Ocorrência. Trata-se, portanto, de “obrigação impossível”, entendida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) como “aquela que se mostrar ilegal e/ou desarrazoada” (Recurso Especial nº 1.407.271/SP, de 29/11/2013) cujo cumprimento não deve ser exigido.
- Existe o registro das informações de perdas junto a ANEEL, disponível no processo de revisão tarifária, sem, no entanto, especificar sua origem (fraude, erro de leitura, etc.), o que a princípio deveria suprir a exigência do Boletim de Ocorrência.





ARGUMENTOS PARA NÃO ADICIONAR O VALOR DA PERDA NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ/CSLL

COMITÊ TRIBUTÁRIO

- A comunicação de crime (BO) tem a finalidade de comprovar o prejuízo do contribuinte, configurando uma mera cautela da legislação fiscal para resguardar a autenticidade das informações. Nesse sentido, confira-se o entendimento manifestado pelo Primeiro Conselho de Contribuinte no Acórdão nº 101-93.797/2002:

“Atento a esses princípios e, sendo certo que, a existência do inquérito ou queixa, como condição de dedutibilidade, é apenas uma cautela da lei tributária para resguardar a veracidade e autenticidade de tais eventos, que, por sua própria natureza, somente pode ser levada ao conhecimento das autoridades, após a devida apuração, isto é, a posteriori, sem que todavia, como regra, acarrete qualquer consequência tributária na data da apuração e comunicação. (...)”



COMITÊ TRIBUTÁRIO

ARGUMENTOS PARA NÃO ADICIONAR O VALOR DA PERDA NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ/CSLL

Em consequência, entendo que a providência constante do dispositivo regulamentar (inquérito instaurado nos termos da legislação trabalhista ou queixa apresentada perante a autoridade policial), não é constitutivo de direito, isto é, tem natureza declaratória, produzindo efeitos ex-tunc, dado que o direito material surge com o efetivo desfalque, embora condicionado à existência de inquérito ou queixa para sua contabilização.





ARGUMENTOS PARA NÃO ADICIONAR O VALOR DA PERDA NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ/CSLL

COMITÊ TRIBUTÁRIO

- O registro do BO, na situação exigida pela RFB, ensejaria, por parte da autoridade policial, o cumprimento das obrigações previstas no art. 6º do Código de Processo Penal,

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;



COMITÊ TRIBUTÁRIO

ARGUMENTOS PARA NÃO ADICIONAR O VALOR DA PERDA NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ/CSLL

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, (...)

**VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a
acareações;**

VII – (...);

VIII - ordenar a identificação do indiciado (...)

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, (...)

X – (...).





COMITÊ TRIBUTÁRIO

ARGUMENTOS PARA NÃO ADICIONAR O VALOR DA PERDA NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ/CSLL

- Ao analisar casos análogos, em que se discutia a possibilidade de dedução das perdas de estoque (art. 291, inciso II, do RIR/99), o Primeiro Conselho de Contribuintes afastou a exigência de apresentação de laudo ou certificado, por considerar as perdas envolvidas serem constantes (diárias) em função da atividade exercida.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

Conselho de Contribuintes – Acórdão nº 107-06.484, de 5.12.2001

*“IRPJ/CSLL – PERDAS DE MERCADORIAS – As perdas normalmente verificadas em função das mercadorias comercializadas (hortigranjeiros), em decorrência da exposição transporte e manuseio, são dedutíveis na apuração do lucro tributável. **Não é razoável exigir do contribuinte a apresentação de laudo ou certificado de autoridade, quando essas perdas são historicamente constantes e não cobertas por seguro.** (...) não seria razoável exigir do contribuinte o atendimento ao comento do item II do art. 291 do Regulamento do Imposto de Renda, **mormente por se tratar de atividade em que a ocorrência de perda diária é inegável e histórica.**”*





COMITÊ TRIBUTÁRIO



GANIM ADVOGADOS ASSOCIADOS

Tel. 55 (61) 3344-6061

Tel. 55 (61) 3341-3488

Tel. 55 (61) 9 8480-9373

antonio@ganim.com.br

aganim@ganimadvogados.com.br

