



XXXV ENCONSEL

Encontro Nacional dos Contadores
do Setor de Energia Elétrica

23 a 27 de novembro de 2019
Foz do Iguaçu - PR

realização



ABRACONEE

Associação Brasileira dos Contadores
do Setor de Energia Elétrica



COMITÊ TRIBUTÁRIO

1. Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS;
2. Desconto do crédito de PIS/COFINS sobre o ativo intangível – Lei 12.973/2014;





COMITÊ TRIBUTÁRIO

1. Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS.



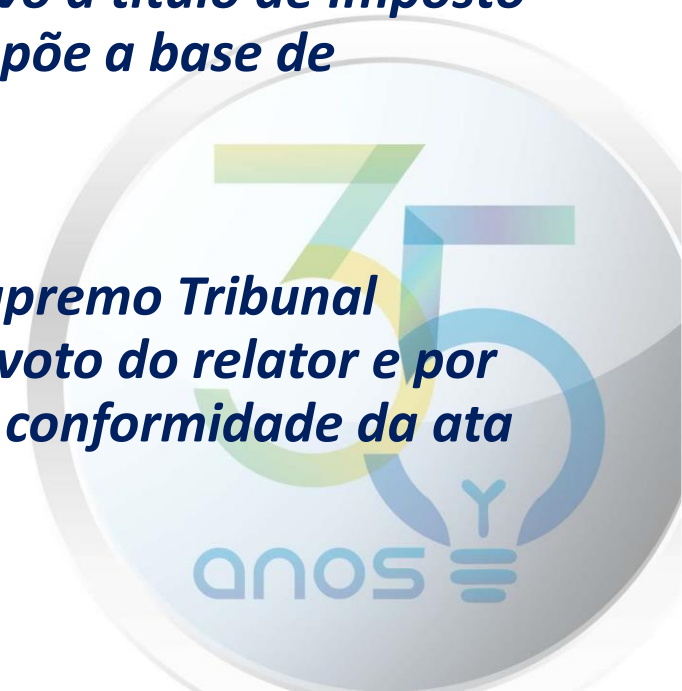


COMITÊ TRIBUTÁRIO

STF – JULGAMENTO DO RE 240.785/MG EM **08/10/2014 – Relator Min. MARCO AURÉLIO**

EMENTA:

- **TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE.** *Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo alusivo a certo tributo como base de incidência de outro.*
- **COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS.** *O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento.*
- **ACÓRDÃO**
- *Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.*



STJ - AGRG NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 593.627/RN (2014/0256863-2), RELATORIA DO MINISTRO SÉRGIO KUKINA

- em 10/03/2015, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a inconstitucionalidade, já deferida pelo STF no RE 240.785/MG, de se incluir o ICMS na base de cálculo do PIS/Pasep e da COFINS, refutando suas próprias Súmulas 68 e 94.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

STF – JULGAMENTO DO RE 574.706/PR EM 15/03/2017 – VOTO Min. CELSO DE MELO

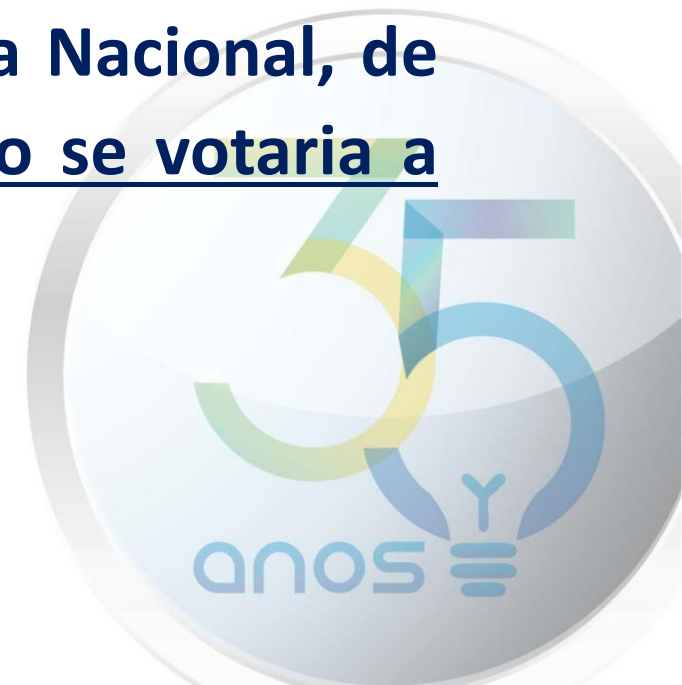
“se a lei pudesse chamar de faturamento o que faturamento não é, e a toda evidência empresas não faturam ICMS, cairia por terra o rígido esquema de proteção ao contribuinte traçado pela Constituição”.

“as duas contribuições só podem incidir sobre o faturamento, que é o somatório dos valores das operações realizadas pela empresa, logo o ICMS repassado ao consumidor não pode ser considerado faturamento e, por isso, o PIS e a Cofins devem incidir apenas sobre o valor efetivamente faturado pela empresa com a venda de seus produtos e mercadorias”.



STF – JULGAMENTO DO RE 574.706/PR EM 15/03/2017 – VOTO Min. CELSO DE MELO

- A Min. Carmen Lúcia, já havia se pronunciado quanto à eventual modulação de efeitos da decisão, pois não constou no processo nenhum pedido nesse sentido, e a solicitação somente teria sido feita da tribuna do STF pela Procuradoria da Fazenda Nacional, de sorte que não havendo requerimento nos autos, não se votaria a modulação.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

STF – JULGAMENTO DO RE 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. Da tribuna do STF foi pedido modulação dos efeitos da sentença.

➤ **Julgamento do ED ocorrerá no dia 05/12/2019.**

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



COMITÊ TRIBUTÁRIO

- 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.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

➤ **CONFUSÃO ARMADA**

- **SOLUÇÃO DE CONSULTA INTERNA Nº 13, 18/10/2018 - Cosit.**
- **INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1.911, DE 11/10/2019: § ÚNICO, ART. 27:**





COMITÊ TRIBUTÁRIO

SOLUÇÃO DE CONSULTA INTERNA Nº 13, 18/10/2018 - Cosit.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, no regime cumulativo ou não cumulativo de apuração, devem ser observados os seguintes procedimentos:

a) o montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição é o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal;



COMITÊ TRIBUTÁRIO

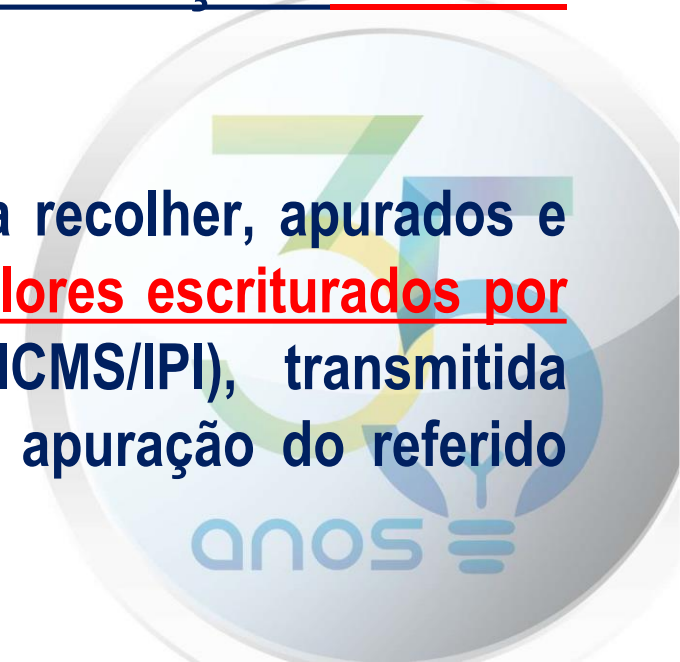
INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1.911, DE 11/10/2019: § ÚNICO, ART. 27:

“Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, devem ser observados os seguintes procedimentos:

I – O montante a ser excluído da base de cálculo mensal das contribuições é o valor mensal do ICMS a Recolher;

(...)

IV – Para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela PJ, devem-se preferencialmente considerar os valores escriturados por esta na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFD-ICMS/IPI), transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos à apuração do referido imposto; e



O QUE FAZER ENQUANTO O STF NÃO DECIDE?

- Deve-se aplicar a sua sentença que transitou em julgado, que, a princípio, definiu que é para EXCLUIR:
 - O ICMS destacado na nota fiscal de venda; ou
 - O ICMS pago; ou
 - O ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

VEJAMOS ALGUMAS SENTENÇAS:

- 1) “Seja DECLARADO o direito da IMPETRANTE de não recolher PIS e COFINS sobre os valores decorrentes da inclusão do ICMS na respectiva base de cálculo dessas contribuições, estando este montante excluído da base de cálculo de tais tributos.”

“Diante do exposto, conheço dos ED, porém nego-lhes provimento, e concedo a Segurança pleiteada, (...) para reconhecer à empresa impetrante:

a) o direito aos créditos de PIS/Pasep e COFINS calculados e pagos sobre o valor do ICMS destacado nas operações de vendas fornecimento) de energia elétrica, já ocorridas nos últimos 05 (cinco) anos e nas operações havidas após o ajuizamento da demanda.

VEJAMOS ALGUMAS SENTENÇAS:

2. “Seja DECLARADO o direito da IMPETRANTE de não recolher PIS e COFINS sobre os valores decorrentes da inclusão do ICMS na respectiva base de cálculo dessas contribuições, estando este montante excluído da base de cálculo de tais tributos.”





COMITÊ TRIBUTÁRIO

VEJAMOS ALGUMAS SENTENÇAS:

TRF 4ª. REGIÃO - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.71.02.006407-5/RS

- O TRF 4ª. havia julgado contra a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins, com base na Súmula 69 do STJ;
- Após a decisão do STF, o TRF 4ª. Região, fez a retratação de sua decisão:

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. DO PIS E DA COFINS. TEMA 69 DO STF (RE 574.706). LEIS 9.718/1998 E 12.973/2014.

RETRATAÇÃO.

1. Nos termos do enunciado do Tema 69 - STF, o ICMS destacado nas notas fiscais não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.
2. A tese jurídica advinda do julgamento do RE 574.706 aplica-se inclusive aos pagamentos efetuados sob a égide da Lei 12.973/2014 (TRF4, Arguição de Inconstitucionalidade n.º 5051557-64.2015.404.0000).





COMITÊ TRIBUTÁRIO

Como fica o consumidor nessa polêmica?





COMITÊ TRIBUTÁRIO

RESOLUÇÃO ANEEL 414/2010 – DEVOLUÇÃO FATURAMENTO INCORRETO

- O inciso II, do art. 113 da Resolução Normativa da ANEEL nº 414/2010, cujos efeitos encontra-se suspenso pelo Despacho ANEEL nº 18, de 4/01/2019, em virtude da decisão proferida pelo Juízo da 19ª Vara Federal Cível de São Paulo, nos autos da Ação Civil Pública de nº 5024153-93.2018.4.03.6100, estabelecia, para o caso de faturamento de valores incorretos, um prazo de devolução correspondente aos últimos trinta e seis ciclos de faturamento imediatamente anteriores à constatação do fato, quando o motivo da cobrança indevida fosse de sua responsabilidade.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

RESOLUÇÃO ANEEL 414/2010 – DEVOLUÇÃO FATURAMENTO INCORRETO

- O entendimento manifestado pelo julgador da 19ª. Vara Cível Federal/SP na Ação Civil Pública de nº 5024153-93.2018.4.03.6100, foi de que, deverá ser observado o prazo prescricional de dez anos previsto no art. 205, do Código Civil, na hipótese de devolução ao consumidor de faturamento a maior a título de tarifa de energia elétrica, que motivou a suspensão, pela ANEEL, do inciso II, do art. 113 da Resolução Normativa nº 414/2010, pelo Despacho ANEEL nº 18/2019.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

NOSSO ENTENDIMENTO EM RELAÇÃO A POSIÇÃO DA RECEITA FEDERAL:

- Quanto ao ICMS a ser excluído da Base de Cálculo do PIS/COFINS, vale o que estiver descrito na sentença que transitou em julgado, até o julgamento do STF;
- Se o STF decidir de forma contrária ao que está na sentença que transitou em julgado, ou seja, **EXCLUIR O VALOR DO ICMS PAGO**:
 - ✓ Apesar de não caber mais recurso, será necessário que a PGFN entre com a Ação Rescisória para anular os efeitos da sentença transitada em julgado;
 - ✓ Caso a concessionária já tenha iniciado o processo de devolução ao consumidor, deverá recalcular os valores, ajustando as diferenças nos próximos pagamentos;
 - ✓ Considerando que o total a recuperar é superior ao que já foi compensado, não caberá fazer nenhuma retificação de PER/DCOMP dos valores já compensados;
 - ✓ Também não será necessário alterar o pedido de homologação.



COMITÊ TRIBUTÁRIO

NOSSO ENTENDIMENTO EM RELAÇÃO AO PERÍODO E VALOR A SER DEVOLVIDO AO CONSUMIDOR:

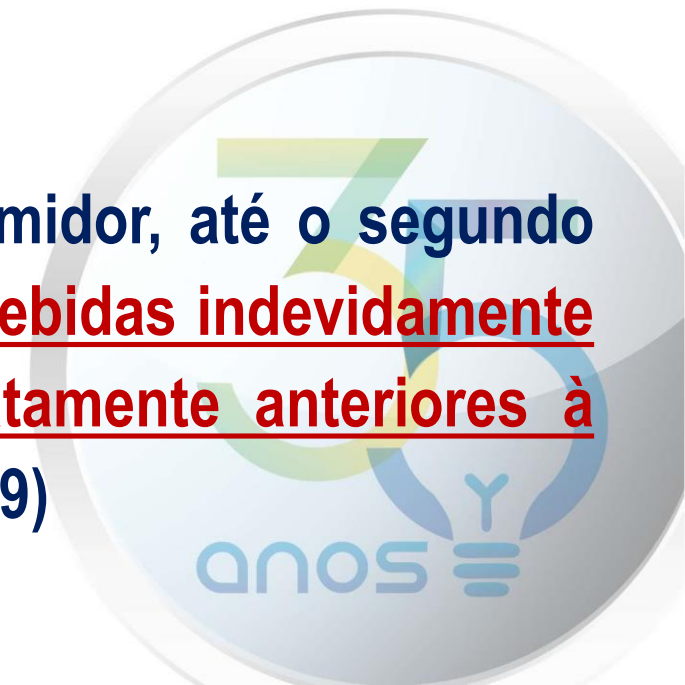
- Não se aplica o disposto na Resolução nº 414/2010;

Art. 113. A distribuidora quando, por motivo de sua responsabilidade, faturar valores incorretos, faturar pela média dos últimos faturamentos sem que haja previsão nesta Resolução ou não apresentar fatura, sem prejuízo das sanções cabíveis, deve observar os seguintes procedimentos:

I – (...)

II – **faturamento a maior**: providenciar a devolução ao consumidor, até o segundo ciclo de faturamento posterior à constatação, das quantias recebidas indevidamente nos últimos 36 (trinta e seis) ciclos de faturamento imediatamente anteriores à constatação. (Suspendo os efeitos, pelo DSP ANEEL 018 de 2019)

(...)

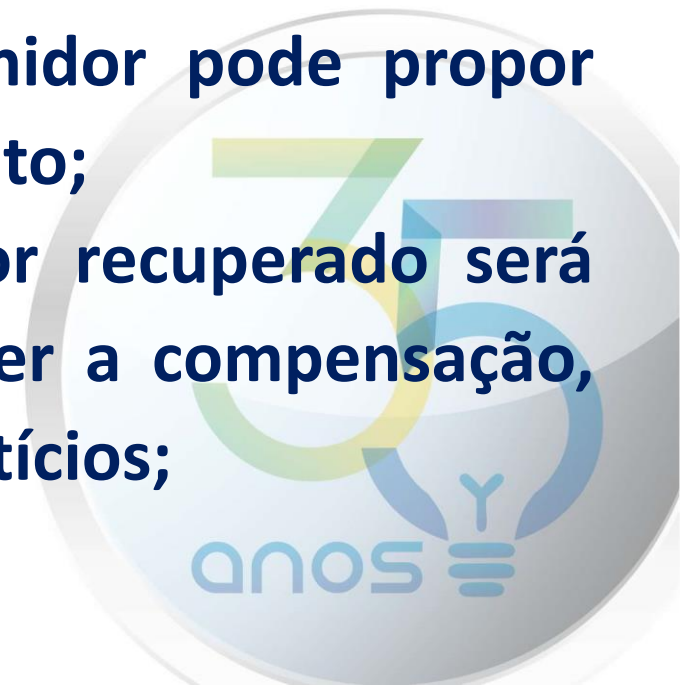




COMITÊ TRIBUTÁRIO

NOSSO ENTENDIMENTO EM RELAÇÃO AO PERÍODO E VALOR A SER DEVOLVIDO AO CONSUMIDOR:

- Não se aplica o disposto no art. 205 do Código Civil:
“Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”
- Legitimidade ativa Resp. 1.299.303/SC: O consumidor pode propor **ação declaratória** cumulada com repetição de indébito;
- A devolução deve ser total, ou seja, todo o valor recuperado será devolvido ao consumidor à medida em que ocorrer a compensação, descontado das custas judiciais e honorários advocatícios;



E A DEVOLUÇÃO AO CONSUMIDOR?

- DEVE SER DEVOLVIDO AO CONSUMIDOR?
- DOVOLVER A TODOS OS CONSUMIDORES POR MEIO DA ALÍQUOTA EFETIVA? OU
- DEVOLVER ÀQUELE CONSUMIDOR QUE PAGOU O TRIBUTO A MAIOR?
- **INCLUSÃO COMO ITEM FINANCEIRO NA TARIFA?**





COMITÊ TRIBUTÁRIO

2. VEDAÇÃO AO CRÉDITO DE ICMS SOBRE O ATIVO INTANGÍVEL





COMITÊ TRIBUTÁRIO

DIREITO AO CRÉDITO DO ICMS SOBRE BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE

- LEI COMPLEMENTAR Nº 87/1996.

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo **ou ao ativo permanente**, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

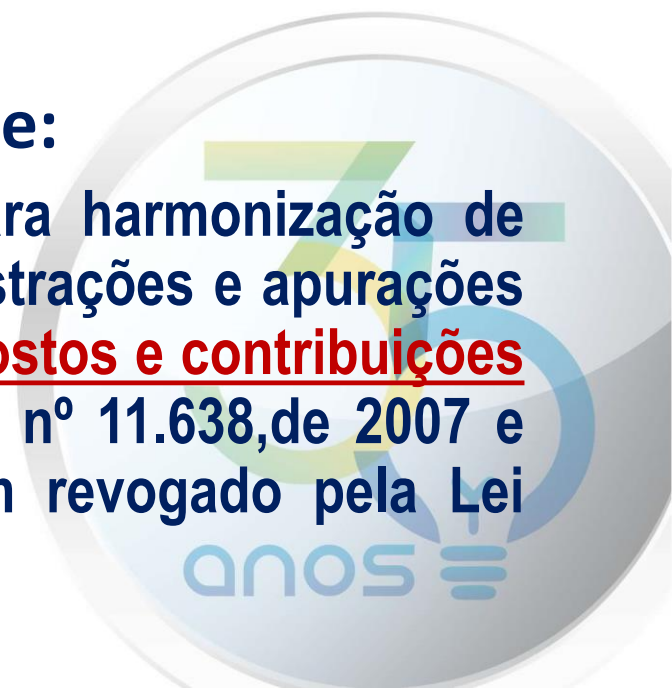




COMITÊ TRIBUTÁRIO

DIREITO AO CRÉDITO DO ICMS SOBRE BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE

- Com a adoção das normas internacionais de contabilidade, os detentores de contrato de concessão de serviço público de distribuição de energia elétrica, passaram a ter ATIVO INTANGÍVEL e ATIVO FINANCEIRO. (IFRIC 12 – ICPC 01 E OCPC 05);
- O parágrafo 7º da Lei nº 6.404/1976, havia disposto que:
§ 7º Os lançamentos de ajuste efetuados exclusivamente para harmonização de normas contábeis, nos termos do § 2º deste artigo, e as demonstrações e apurações com eles elaboradas não poderão ser base de incidência de impostos e contribuições nem ter quaisquer outros efeitos tributários. (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007 e Revogado pela Lei 11.941/2009 que introduziu o RTT, também revogado pela Lei 12.973/2014.)





COMITÊ TRIBUTÁRIO

POSIÇÃO DA SEFAZ/ES – Parecer 61/2018

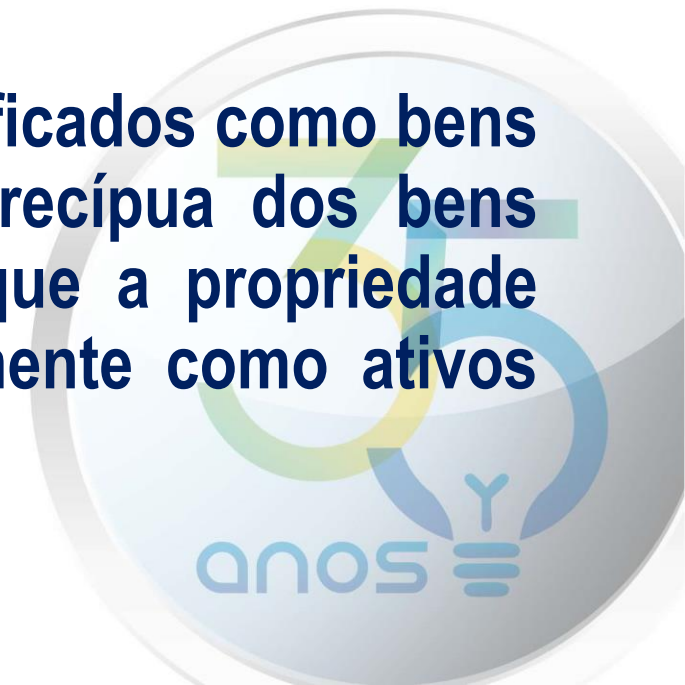
- Para fruição do direito ao crédito do ICMS, o bem deve ser devidamente caracterizado como ativo permanente, nos termos da Lei nº 6.404/1976;
- Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento todos os bens que não sejam utilizados direta ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção, geração ou prestação de serviços.....(...);
- Logo, não gera direito ao crédito do ICMS a aquisição de mercadorias ou serviços recebidos que se destinem à construção, reforma ou ampliação do estabelecimento, com base no que dispõe o art. 20, § 1º, da LC 87/96;
- Concluiu que: Não há possibilidade de compensação de créditos de ICMS. Os bens descritos, relacionados à infraestrutura necessária à prestação do serviço objeto da concessão (...), são classificados como ATIVO INTANGÍVEL, e NÃO COMO ATIVO IMOBILIZADO PERMANENTE.



COMITÊ TRIBUTÁRIO

POSIÇÃO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS 2/12/2016– AI SEFAZ/PB

- Os bens adquiridos não podem ser classificados e contabilizados como ativo imobilizado da concessionária, pois o contrato de concessão não transfere o direito de controle nem de propriedade dos bens públicos que fazem parte da infraestrutura dos serviços públicos;
- As aquisições de bens públicos não poderiam ser classificados como bens do ativo imobilizado, visto a natureza e destinação precípua dos bens adquiridos, mediante concessão pública, evidenciam que a propriedade pertence ao poder concedente, classificados contabilmente como ativos intangíveis e/ou financeiros.

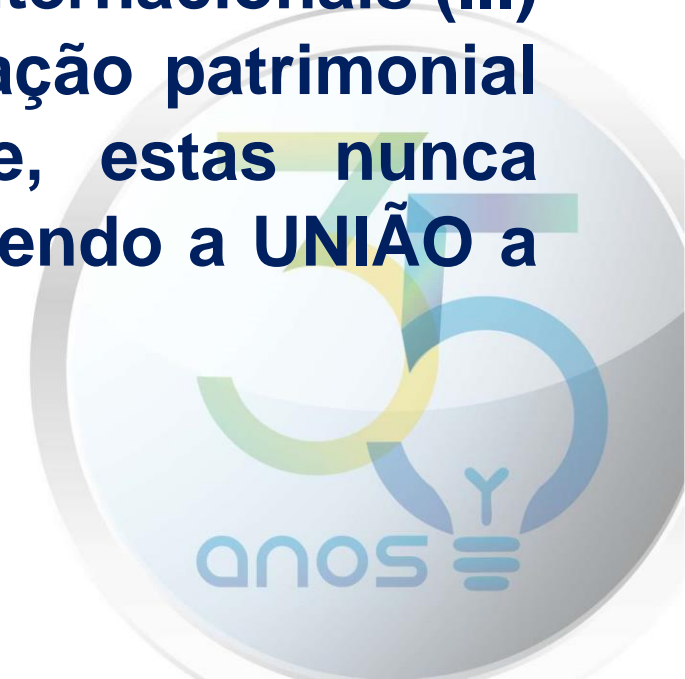




COMITÊ TRIBUTÁRIO

POSIÇÃO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS 2/12/2016– AI SEFAZ/PB

“Os registros contábeis dessas operações (...), eram escriturados, até o exercício de 2009, como ativo imobilizado, a partir de 2010 passaram a ser escriturados como ATIVO INTANGÍVEL, isto motivado pela convergência às normas contábeis internacionais (...) com isso passou a melhor demonstrar a real situação patrimonial das concessionárias, visto que, contratualmente, estas nunca detiveram a propriedade destes bens e materiais, sendo a UNIÃO a legítima proprietária.”



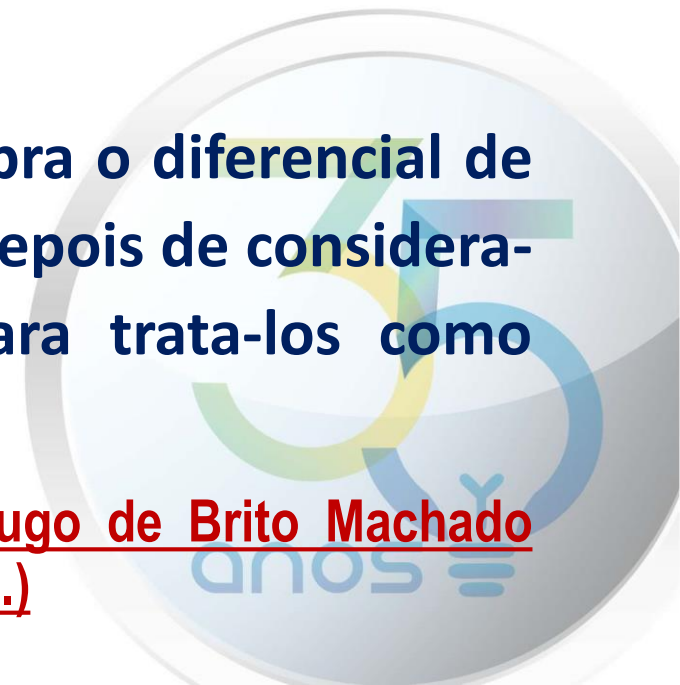


COMITÊ TRIBUTÁRIO

ARGUMENTOS PARA JUSTIFICATIVA DO CRÉDITO:

- A Lei Complementar 87/1996 se reporta ao **ATIVO PERMANENTE**, e não ao **ATIVO IMOBILIZADO**. O Ativo permanente é um gênero, do qual tanto o ativo imobilizado como o intangível são espécies;
- Na hipótese, não há dúvida de que os bens adquiridos (...) estão diretamente relacionados à sua atividade;
- O Estado incorre em comportamento contraditório, pois cobra o diferencial de alíquota do ICMS, como se fosse imobilizado. É incoerente, depois de considerá-los como bens móveis e corpóreos sujeitos ao ICMS para tratá-los como “INTANGÍVEIS”.

(Extraído do Parecer lavrado pelo Dr. Hugo de Brito Machado e Dr. Hugo de Brito Machado Segundo, apenso ao processo judicial nº 0805440-83.2019.8.15.0001-TJ/PB.)



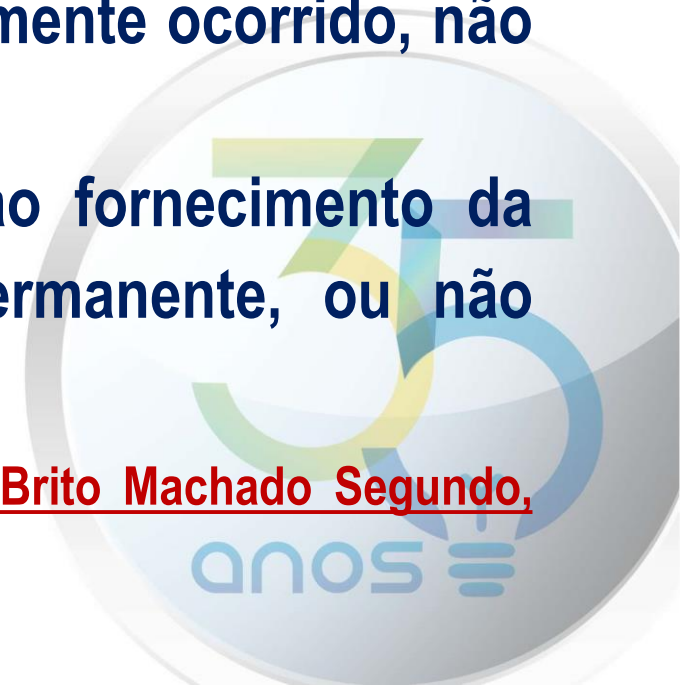


COMITÊ TRIBUTÁRIO

ARGUMENTOS PARA JUSTIFICATIVA DO CRÉDITO:

- As normas contábeis nada têm a ver com a legislação tributária, da qual não são parte integrante (...). São meras indicações de como tais bens devem ser escriturados (...).
- A legislação tributária invariavelmente estabelece a irrelevância da classificação contábil de fatos e operações. O que importa é o fato efetivamente ocorrido, não a forma como este vem a ser contabilizado.
- Os bens foram incorporados à infraestrutura necessária ao fornecimento da energia elétrica (...). São, assim, integrantes do ativo permanente, ou não circulante, para fins de apropriação do crédito do ICMS.

(Extraído do Parecer lavrado pelo Dr. Hugo de Brito Machado e Dr. Hugo de Brito Machado Segundo, apenso ao processo judicial nº 0805440-83.2019.8.15.0001-TJ/PB.)





COMITÊ TRIBUTÁRIO

ARGUMENTOS PARA JUSTIFICATIVA DO CRÉDITO:

- Os bens utilizados na atividade da concessionária estão vinculados ao serviço público outorgado, conforme disposto no art. 63 do Decreto 41.019/1957, mas até que ocorra a reversão e a INDENIZAÇÃO, quando for o caso, os bens são de PROPRIEDADE DA CONCESSIONÁRIA:

“Art. 63. Os bens e instalações utilizados na produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, constantes do inventário referido nos artigos 54 e seguintes, ainda que operados por empresas preexistentes ao Código de Águas, são vinculados a esses serviços, não podendo ser retirados sem prévia e expressa autorização da Fiscalização.”



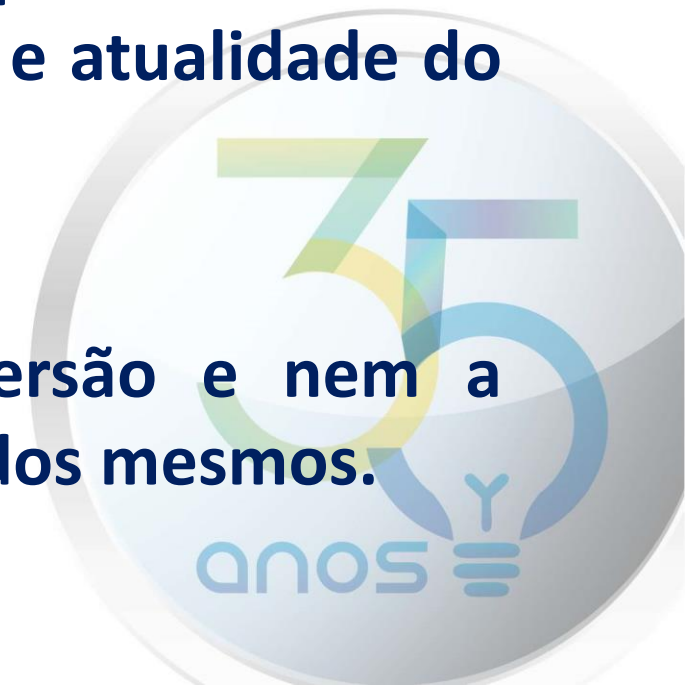
COMITÊ TRIBUTÁRIO

ARGUMENTOS PARA JUSTIFICATIVA DO CRÉDITO:

➤ LEI 8.987/1995

“Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.”

➤ Se os bens fossem da UNIÃO, não haveria a reversão e nem a indenização, mas sim a simples transferência da posse dos mesmos.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

ARGUMENTOS PARA JUSTIFICATIVA DO CRÉDITO:

- Tanto é de propriedade da concessionária, que quando os mesmos deixam de estar vinculados ao serviço público outorgado, eles podem ser vendidos sem a prévia anuência da ANEEL. O QUE EXISTE É UMA VINCULAÇÃO DO BEM AO INTERESSE PÚBLICO (REGIME ESPECIAL).

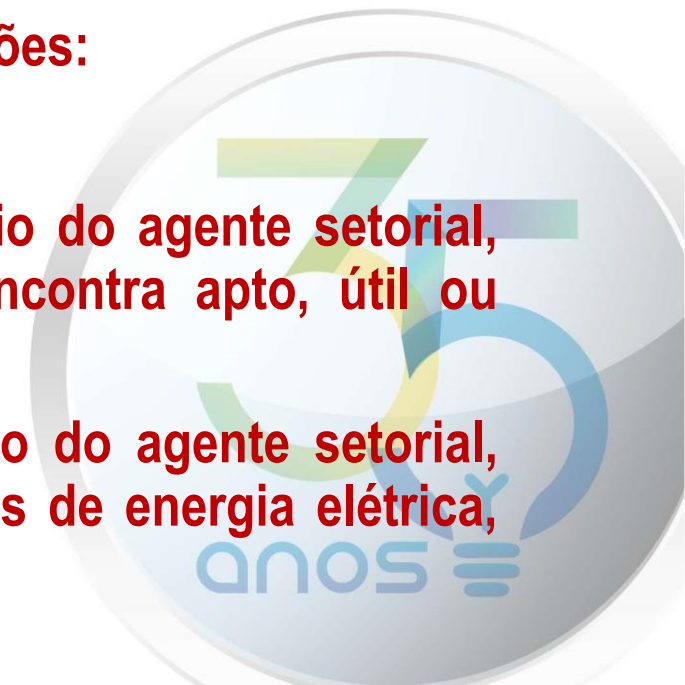
RESOLUÇÃO NORMATIVA ANEEL 691/2015:

Art. 2º Para efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

(...)

III - Bens Inservíveis: bem móvel ou imóvel integrante do patrimônio do agente setorial, que, por razões de ordem técnica ou operacional não mais se encontra apto, útil ou necessário à adequada prestação dos serviços de energia elétrica;

IV- Bens Vinculados: bem móvel ou imóvel integrante do patrimônio do agente setorial, utilizado de modo exclusivo e permanente na prestação dos serviços de energia elétrica, nos termos do art.44 do Decreto nº 41.019/1957.





COMITÊ TRIBUTÁRIO

ARGUMENTOS PARA JUSTIFICATIVA DO CRÉDITO:

- Para Marçal Justen Filho: os bens públicos, ou seja, de propriedade do Estado, afetados ao serviço público, já antes da concessão, têm apenas a sua posse transferida para o concessionário durante o período do contrato. Já os bens que o concessionário adquire ao longo do contrato para utilizá-los na prestação de serviços, são “INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO DO PRÓPRIO CONCESSIONÁRIO. Esses bens se sujeitam a um regime jurídico especial. Não são bens públicos porque não integram o domínio do poder concedente (...).
- Poder-se-ia dizer que, durante a concessão, são de propriedade privada sujeita a uma série de ônus reais (inalienabilidade, impenhorabilidade ...) e à condição resolutiva do fim da delegação.

(Citação extraída do Parecer 00105/2015/PF ANEEL/PGF/AGU, anexo ao Processo nº 48500.003057/2010-36.)



COMITÊ TRIBUTÁRIO

ARGUMENTOS PARA JUSTIFICATIVA DO CRÉDITO:

- Com efeito, sob o critério subjetivo (civilista) os bens adquiridos pelos agentes setoriais (...) serão classificados como bens públicos ou privados conforme a natureza pública ou privada de seu respectivo titular. Dessa forma, os bens adquiridos por agentes setoriais privados seriam bens privados.
- Já sob o critério objetivo (funcionalista) os bens seriam classificados como públicos ou privados conforme sua função ou aplicação em atividades de interesse público.
- Portanto, caso os referidos bens sejam desvinculados dos serviços de energia elétrica, ou seja, deixem de suportar o interesse público que antes atendiam, a melhor interpretação é no sentido de que o regime jurídico especial deixa de ser a eles aplicável. (...) operada a desvinculação os bens passam a ser tratados exclusivamente como bens privados que são.

(Extraído da NT nº 240/2011-SFF/ANEEL, apenso ao Processo nº 48500.003057/2010-36.)





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

