



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

Processo nº 10580.720299/2016-68
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 3301-004.051 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de setembro de 2017
Matéria COFINS
Recorrente COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA COELBA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2012

NÃO-CUMULATIVIDADE. CRÉDITOS. REVENDA. INSUMO.

Os gastos com energia elétrica revendida ou com bens e serviços utilizados como insumo dão direito ao desconto de crédito da contribuição para o PIS e da Cofins, apurado no regime não-cumulativo. Como insumos enquadram-se apenas os bens e serviços consumidos ou utilizados diretamente na produção de energia elétrica vendida.

MULTA DE OFÍCIO. INCONSTITUCIONALIDADE.

Conforme a Súmula nº 2 do CARF, “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Recurso Voluntário e de Ofício Negados

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos voluntário e de ofício, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

José Henrique Mauri - Presidente Substituto.

Liziane Angelotti Meira- Relatora.

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros José Henrique Mauri (Presidente Substituto), Semíramis de Oliveira Duro, Marcelo Costa Marques D'Oliveira, Liziane Angelotti Meira, Valcir Gassen, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho

e Marcos Roberto da Silva (Suplente convocado). A Conselheira Maria Eduarda Alencar Câmara Simões declarou-se impedida.

Relatório

Visando à elucidação do caso, adoto e cito o relatório do constante da decisão recorrida, Acórdão nº 10-56.418 - 2ª Turma da DRJ/POA (fls 1765/1772):

Trata o presente dos lançamentos de ofício relativos à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins não cumulativa – fls. 02 a 11) e ao Programa de Integração Social (PIS não cumulativo – fls. 13 a 22) referentes aos anos-calendários 2011 e 2012. O **lançamento** das contribuições para os diversos períodos somou R\$ 10.759.213,44 (Cofins) e R\$ 2.335.879,82 (PIS), valores acompanhados de multa de ofício de 75% e juros moratórios, totalizando R\$ 23.012.873,10 e R\$ 4.996.211,29, respectivamente.

A interessada tem como objeto social estudar, projetar, construir e explorar sistemas de produção, distribuição e comercialização de energia elétrica, além de serviços correlatos ou atividades associadas. As receitas decorrem, basicamente, da venda de energia elétrica. Atua em atividade regulada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

No **Relatório de Verificação Fiscal** (fls. 44 a 53, termo ora em diante referido como TVF, por usual) está descrito o procedimento realizado e as conclusões obtidas. O auditor-fiscal descreve o procedimento realizado, em especial a verificação dos itens que compuseram a formação de crédito de PIS e Cofins, decorrentes da utilização de “insumos”. Também apresenta a legislação correlata. Foi constatado que o contribuinte inclui na base de cálculo do crédito o valor correspondente às quotas mensais (encargos setoriais) para o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia (Proinfa).

As características essenciais e legislação do referido programa são indicadas no TVF, confirmando tratar-se de custos para as concessionárias de energia, mas com destinação específica. Tratam-se de valores fixos, em cada ano, de contribuição mensal compulsória, exigida pela Aneel. Não seria um custo físico da distribuidora de energia, mas sim se caracterizaria como uma obrigação legal, recolhida em regime de solidariedade. Transcreve o art. 3º, II, e § 2º das Leis 10.833/2003 e 10.637/2002. Ainda seguindo o TVF, conclui-se que as quotas do Proinfa não são insumo e não são alcançadas por determinação legal, devendo ser objeto de glosa, por inexistir previsão para o creditamento realizado. Constam as planilhas com o recálculo dos créditos e dos valores de PIS e Cofins, apurando-se as diferenças não declaradas objeto do lançamento.

O contribuinte foi cientificado em 26/01/2016 (fl. 25). Em 23/02/2015, foi apresentada impugnação ao lançamento (fls.

1597 a 1723). A impugnante discorre sobre o procedimento realizado, discordando da caracterização feita para a situação objeto de glosa.

Explica que, por meio do Proinfa, a Eletrobrás celebra contratos compulsórios, por meio dos quais agentes do setor elétrico se obrigam a comprar energia para venda a consumidores finais. Esta venda é receita operacional. Não poderia se diferenciar a saída de energia por sua origem. Já a compra é em quotas anuais, que comprova por meio das notas fiscais da Eletrobrás para a Coelba. Toda operação é plenamente vinculada ao objeto social da empresa.

Aponta a legislação específica, alegando que os bens adquiridos para revenda dão direito a crédito, só encontrando-se excetuados aqueles sob o regime de incidência monofásica ou substituição tributária das referidas contribuições. Ainda segundo a impugnação, a Aneel já teria esclarecido a questão na Nota Técnica nº 554/2006 – SFF/ANEEL, que anexa, transcrevendo trecho a indicar que as quotas de custeio do Proinfa compõem o balanço energético das distribuidoras, caracterizando-se como aquisição de energia elétrica para comercialização com seus consumidores finais (cativos), sendo que o encargo dá origem a direito ao crédito previsto no art. 3º, II, da Lei 10.833/2003. Sucessivamente, aborda os fundamentos constitucionais e legais das contribuições sociais e, em particular, da não-cumulatividade e do direito de apurar crédito nas compras de insumos. Cita doutrinadores e jurisprudência do STJ para, sucessivamente aos argumentos antes adiantados, concluir que a energia adquirida via Proinfa é também abarcada no conceito de insumo, uma vez que adquirida e utilizada para viabilizar o processo de distribuição. As instruções normativas da Receita Federal não podem ser utilizadas para restringir benesses do comando legal.

Com relação à multa de ofício de 75%, argumenta que possui caráter confiscatório, ultrapassando a capacidade que possa suportar o contribuinte. Cita decisões judiciais sobre multa e discorre sobre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Também cita a Súmula 14 do Carf, pela qual a simples omissão de receitas não autoriza a qualificação da multa. Requer o reconhecimento da possibilidade de aproveitamento dos créditos de energia elétrica oriundos do Proinfa, julgando improcedente o auto de infração. Sucessivamente, pleiteia o afastamento da multa de ofício.

A unidade de origem atesta a tempestividade da impugnação e encaminha para apreciação de DRJ.

Analisada a manifestação de inconformidade, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento julgou parcialmente procedente, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO
DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS
Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2012
NÃO-CUMULATIVIDADE. CRÉDITOS. REVENDA.
INSUMO.

Os gastos com energia elétrica revendida ou com bens e serviços utilizados como insumo dão direito ao desconto de crédito do PIS e da Cofins, apurados no regime não-cumulativo. Como insumos enquadram-se apenas os bens e serviços consumidos ou utilizados diretamente na produção de energia elétrica vendida.

TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES NÃO DECLARADOS.
MULTA APLICÁVEL

Tributo não declarado e não pago é constituído de ofício, com o acréscimo da multa de 75% do valor da contribuição não recolhida.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

NÃO-CUMULATIVIDADE. CRÉDITOS. REVENDA.
INSUMO.

Os gastos com energia elétrica revendida ou com bens e serviços utilizados como insumo dão direito ao desconto de crédito do PIS e da Cofins, apurados no regime não-cumulativo. Como insumos enquadram-se apenas os bens e serviços consumidos ou utilizados diretamente na produção de energia elétrica vendida.

TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES NÃO DECLARADOS.
MULTA APLICÁVEL

Tributo não declarado e não pago é constituído de ofício, com o acréscimo da multa de 75% do valor da contribuição não recolhida.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Foi apresentado Recurso Voluntário (fls. 1786/1809), alegando-se, em síntese, o seguinte:

- a parcela denominada nas Notas Fiscais “E. E. PROINFA Consumidor Livre” diz respeito à quota paga pela concessionária como encargo dos consumidores livres, autoprodutores e produtores independentes;
- no que tange à parcela destinada ao mercado livre, os atos administrativos determinam a responsabilidade da Concessionária pelo pagamento das quotas e encargos dos agentes do ACL, os quais se encontram discriminados nas Notas Fiscais acostadas aos autos;
- a própria Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por meio da Nota Técnica nº. 554/2006-SFF/ANEEL, esclareceu a natureza jurídica da compra de energia elétrica oriunda do Programa, bem como os efeitos causados em relação ao direito ao creditamento em relação ao PIS e à COFINS; na Nota Técnica, o dispêndio realizado com o pagamento das quotas por parte das Concessionárias, em relação ao Ambiente de Contratação Livre, foi indicado como encargo próprio da atividade desenvolvida pela COELBA, e a Aneel concluiu que o referido pagamento pode servir de crédito para de apuração de PIS/COFINS no regime não cumulativo;
- defende, com base na jurisprudência, um conceito mais amplo para insumo; cita Marco Aurélio Grecco e Fábio Pallaretti Calcini;
- critica o conceito de insumo constante das Instruções Normativas da Receita Federal do Brasil nº. 247/2002 e 404/2004, asseverando que a delimitação semântica decorre da lei em sentido estrito, servindo tais atos regulamentares apenas a função auxiliar de explicitar o comando legal, mas nunca a de conceituar ou restringir benesses já abarcadas por dispositivo legal;

- concluiu que “a energia elétrica oriunda do PROINFA e os encargos pagos/suportados pela Concessionária em prol do Ambiente de Contratação Livre, já que adquiridos, pagos e utilizados para viabilizar o processo de distribuição, deve ser abarcado pelo conceito de insumo, motivo pelo qual o auto de infração deve ser julgado improcedente.”
- defende o caráter confiscatório e inconstitucional da multa de ofício.

Por fim, requer “A reforma parcial do acórdão recorrido, reconhecendo-se a possibilidade de aproveitamento dos créditos lançados a título de encargos do sistema de distribuição (ou como consta em Notas Fiscais: ‘E.E. PROINFA Consumidor Livre’), oriundos do PROINFA, no que tange à apuração de PIS/COFINS, nos termos do art. 3º, inciso II, das Leis nº. 10.637/2003 e 10.833/2003, devendo ser julgado improcedente, de forma completa, o presente auto de infração” e requer também o afastamento ou redução da multa de ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheira Liziane Angelotti Meira

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos legais de admissibilidade e deve ser conhecido.

Cumprе anotar que, na decisão recorrida, verificou-se que restou comprovada que de fato a maior parte da energia elétrica foi revendida aos consumidores cativos e se determinou a reversão da glosa na parte comprovada pelas notas fiscais, conforme planilha anexa ao voto. Verificou-se também que, em uma parcela menor, não houve comprovação de que a energia elétrica foi revendida a consumidores cativos, ao contrário, o Proinfa, neste caso, assumiu a característica de mero repasse efetuado pela concessionária à Eletrobras.

Tendo em conta que, em relação às glosas afastadas, além dos documentos acostados, a DRJ juntou planilha indicando especificamente as notas fiscais que devem ter a glosa afastada, e também que não foram juntadas novas provas em relação às glosas não afastadas, voto por manter o entendimento da decisão impugnada.

Vale ainda lembrar que a aplicação da legislação tributária compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil, não cabendo a outros órgãos regular ou regulamentar matéria da seara de competência dessa Secretaria.

Sobre o alegado caráter confiscatório e inconstitucional da multa de ofício, cabe consignar a Súmula nº 2 do CARF, a qual prescreve: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Diante do exposto, voto por negar provimento aos recursos voluntário e de ofício.

Processo nº 10580.720299/2016-68
Acórdão n.º **3301-004.051**

S3-C3T1
Fl. 2.588

Liziane Angelotti Meira - Relatora