

***AS INFRAÇÕES DETECTADAS NAS EMPRESAS DE
ENERGIA ELÉTRICA RELACIONADAS COM A
OMISSÃO DE RECEITAS, FALTA DE RETENÇÃO
OU DE RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS E SUA
APURAÇÃO OU COMPENSAÇÃO INDEVIDA.***



Introdução

Atualmente, os tributos sujeitos ao lançamento por homologação equivalem à maioria da carga tributária incidente sobre as atividades das empresas que operam no Brasil.

Cada vez mais são criadas obrigações acessórias para que o Fisco cerque o contribuinte inadimplente e tenha acesso rápido e eficaz no combate à elisão fiscal.

Assim, torna-se importante a correção das informações apresentadas ao Fisco através das declarações exigidas para apuração e recolhimento dos tributos.

Na presente apresentação serão abordados diversos aspectos que ensejam a autuação, pela Fazenda Pública, seja em razão de incongruências verificadas nas declarações apresentadas pelas empresas de Energia Elétrica, seja em razão de peculiaridades de apuração e recolhimento intrínsecas às atividades relativas a este setor econômico.

Principais Fatores Para Inconsistências no Cumprimento de
Obrigações Acessórias

- Falta de especialização dos profissionais responsáveis pelo trabalho de execução das obrigações acessórias;
- Ausência de orientação, por parte dos departamentos jurídicos/fiscais, quanto às normas que regulam o cumprimento de obrigações acessórias;
- Intensa modificação da legislação tributária;
- Independência legislativa dos entes federados, nos limites de sua competência tributária, para dispor sobre o cumprimento de obrigações acessórias;
- Ausência de padronização entre as obrigações acessórias criadas pela União Federal, Estados e Municípios, para um mesmo fato imponible;
- Quantidade excessiva de obrigações acessórias exigidas pelos entes tributantes;
- Complexidade das obrigações acessórias exigidas pelos entes tributantes; e
- Ausência de revisão interna das declarações e guias preenchidas pelas empresas.

Principais Inconsistências no Cumprimento de Obrigações Acessórias

- Divergência de informações por ocasião do preenchimento de DARFs e DCTFs;
- Erros verificados no preenchimento do DARF;
- Erros verificados no pagamento do DARF (ex.: pagamento de parcelas trocadas de parcelamentos);
- Omissões verificadas no preenchimento da DCTF (ex.: pagamento, comunicação de depósito judicial, compensações efetuadas, etc.);
- Divergência de informações verificadas entre DCTF e DIPJ;
- Perda do prazo para entrega das declarações.

Possíveis Consequências de Inconsistências na Declaração

- Lavraturas de autos de infração pelas autoridades fiscais para cobrança de tributos;
- Impossibilidade de obtenção de Certidão de Regularidade Fiscal;
- Tempo excessivo de duração do contencioso administrativo fiscal;
- Ajuizamento de ação judicial, no mais das vezes com a necessidade de realização de depósito judicial, para possibilitar a expedição de Certidão de Regularidade Fiscal;
- Possibilidade de cobrança imediata do crédito tributário declarado e não pago (auto-lançamento);
- Ajuizamento de Execução Fiscal para cobrança do crédito tributário, com a necessidade de oferecimento de garantia do valor exequendo;
- Custos incorridos para a contratação de consultores externos para defesa dos interesses da empresa, bem como eventuais verbas sucumbenciais;

Saneamento de Inconsistências no Preenchimento de Declarações

ANTES DO INÍCIO DO PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO

O contribuinte poderá proceder à retificação da declaração apresentada para alterar informações relativas a débitos fiscais em relação aos quais a pessoa jurídica não tenha sido notificada sobre o início de qualquer procedimento de fiscalização, estando tal possibilidade prevista, inclusive, no artigo 147, §1º, do Código Tributário Nacional.

Art. 147. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.

§ 1º A retificação da declaração por iniciativa do próprio declarante, quando vise a reduzir ou a excluir tributo, só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde, e antes de notificado o lançamento. (...)

Saneamento de Inconsistências no Preenchimento de Declarações

“Retificação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF). Penalidades. Os pedidos de alteração nas informações prestadas em DCTF serão formalizados por meio de DCTF retificadora, mediante a apresentação de nova DCTF elaborada com observância das mesmas normas estabelecidas para a declaração retificada. Não cabe penalidade se a DCTF retificada tiver sido apresentada dentro do prazo fixado e a DCTF retificadora tenha sido apresentada antes de qualquer procedimento de ofício.”

(Solução de Consulta nº 51 de 16 de fevereiro de 2004)

Saneamento de Erros no Preenchimento de Declarações

**IMPOSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO DOS DADOS APRESENTADOS
POSTERIORMENTE AO INÍCIO DA FISCALIZAÇÃO**

Depois de iniciado o procedimento de fiscalização, é impossibilitado ao contribuinte apresentar a declaração retificadora visando majorar o valor do tributo devido e não declarado, com a conseqüente cominação de multa em razão da não espontaneidade da retificação.

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Saneamento de Inconsistências no Preenchimento de Declarações

“(…) IRPJ. DIVERGÊNCIAS ENTRE AS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO CONTRIBUINTE EM DCTF E DIPJ. LANÇAMENTO DE REVISÃO. Impossibilidade de retificação de DCTF após o início de procedimento de fiscalização.”

(Recurso Voluntário nº 147.532, Rel. Conselheiro Hugo Correia Sotero, Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, julgado em 22.03.2006)

“(…) RETIFICAÇÃO APÓS INICIADO PROCEDIMENTO FISCAL - Não pode o contribuinte, em seu benefício, obter a retificação da DCTF/DIPJ após iniciado o procedimento de fiscalização.”

(Recurso Voluntário nº 146.683, Rel. Conselheiro Luis Alberto Bacelar Vidal, Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, julgado em 18.08.2008)

Saneamento de Inconsistências no Preenchimento de Declarações

INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

Ainda que se mostre impossível a retificação das informações erroneamente apresentadas pelo contribuinte na esfera administrativa, a obrigação tributária decorre diretamente da existência concreta do fato gerador e sua base impositiva (art. 139 do Código Tributário Nacional).

Assim, mesmo em tais hipóteses, o contribuinte pode se socorrer do Poder Judiciário para reconhecimento da retificação e para ter declarada a insubsistência do respectivo crédito tributário.

Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Saneamento de Inconsistências no Preenchimento de Declarações

“4. O crédito tributário, na expressa dicção do art. 139 do CTN, decorre da obrigação principal e, esta, por sua vez, nasce com a ocorrência do fato imponible, previsto na hipótese de incidência, que tem como medida do seu aspecto material a base imponible (base de cálculo).

5. Consectariamente, o erro de fato na valoração material da base imponible significa a não ocorrência do fato gerador em conformidade com a previsão da hipótese de incidência, razão pela qual o lançamento feito com base em erro ‘constitui’ crédito que não decorre da obrigação e que, por isso, deve ser alterado pelo Poder Judiciário.”

(REsp 770.236/PB, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 24/09/2007 p. 252)

Saneamento de Inconsistências no Preenchimento de Declarações

“EXECUÇÃO FISCAL. ERRO NO PREENCHIMENTO DA DCTF. ART. 147, § 1º, DO CTN. RETIFICAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Embora seja vedado ao contribuinte a retificação da declaração após a notificação do lançamento (art. 147, § 1º, do CTN), isso não impede que ele demande a sua nulidade, demonstrando que a declaração foi feita com erro e que não ocorreu o fato gerador do tributo, ou que houve erro em sua quantificação, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, assegura que a lei não eximirá o Judiciário de apreciar lesão à direito, bem como a exigência tributária é baseada no princípio da legalidade.”

(TRF4, AC 2005.04.01.001792-4, Segunda Turma, Relator Dirceu de Almeida Soares, DJ 30/03/2005)

**Demais Aspectos Controvertidos Referentes à Falta de Retenção e
Recolhimento de Tributos**

PERD/COMP – CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL

- Aspecto central da controvérsia: débito compensado pendente de apreciação do Fisco é empecilho à emissão da CPD-EN?;
- Artigo 74, §§ 2º e 11º, da Lei nº 9.430/96 e artigo 201 do Código Tributário Nacional;
- Entendimento jurisprudencial.

**Demais Aspectos Controvertidos Referentes à Falta de Retenção e
Recolhimento de Tributos**

PERD/COMP – CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL

ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

“TRIBUTÁRIO – PENDÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DE COMPENSAÇÃO – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO – FORNECIMENTO DA CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA – POSSIBILIDADE.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 774.179/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 10.12.2007, pacificou o entendimento segundo o qual, enquanto pendente processo administrativo no qual se discute a compensação do crédito tributário, o fisco não pode negar a entrega da certidão positiva de débito com efeito de negativa ao contribuinte, conforme o art. 206 do CTN.

Embargos de divergência improvidos.”

(REsp nº 986.468/SP, Primeira Seção, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe de 13/10/2008)

**Demais Aspectos Controvertidos Referentes à Falta de Retenção e
Recolhimento de Tributos**

IRPJ/CSLL - JUROS MORATÓRIOS – BASE DE CÁLCULO

- Aspecto central da controvérsia: natureza jurídica dos juros moratórios;
- Tratamento tributário dado aos juros moratórios;
- Entendimento originário da jurisprudência
- Recente entendimento jurisprudencial

**Demais Aspectos Controvertidos Referentes à Falta de Retenção e
Recolhimento de Tributos**

IRPJ/CSLL - JUROS MORATÓRIOS – BASE DE CÁLCULO

ENTENDIMENTO ORIGINÁRIO DA JURISPRUDÊNCIA

“TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS MORATÓRIOS – VERBAS INDENIZATÓRIAS DECORRENTES DE CONDENAÇÃO EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA – NÃO INCIDÊNCIA.

1. O imposto de renda somente incide sobre juros moratórios se o principal também for sujeito a tributação, pois o acessório segue a sorte do principal. Precedentes desta Corte. (...)”

(REsp 964.122/SE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 03/11/2008)

**Demais Aspectos Controvertidos Referentes à Falta de Retenção e
Recolhimento de Tributos**

IRPJ/CSLL - JUROS MORATÓRIOS – BASE DE CÁLCULO

RECENTE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

“TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – ART. 43 DO CTN – IMPOSTO DE RENDA – JUROS MORATÓRIOS – CC, ART. 404: NATUREZA JURÍDICA INDENIZATÓRIA – NÃO-INCIDÊNCIA.

1. Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora, na vigência do Código Civil de 2002, têm natureza jurídica indenizatória. Nessa condição, portanto, sobre eles não incide imposto de renda, consoante a jurisprudência sedimentada no STJ.

2. Recurso especial improvido.”

(REsp 1.037.452/Sc, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/05/2008)

**Demais Aspectos Controvertidos Referentes à Falta de Retenção e
Recolhimento de Tributos**

**ICMS – RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA – TRIBUTO CONTESTADO
PELO CONTRIBUINTE DE FATO**

- Aspecto central da controvérsia: decisão judicial eximindo o contribuinte de fato (consumidor final) do recolhimento do tributo;
- Recente entendimento jurisprudencial relativo ao ICMS sobre demanda contratada;
- Responsabilidade da concessionária perante o Fisco em face da decisão judicial.

**Demais Aspectos Controvertidos Referentes à Falta de Retenção e
Recolhimento de Tributos**

**ICMS – RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA – ANTECIPAÇÃO DE
TRIBUTO CONTESTADO PELO CONTRIBUINTE DE FATO**

**RECENTE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL RELATIVO AO ICMS SOBRE
DEMANDA CONTRATADA**

“(…) 4. Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT. Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva utilização da energia elétrica, não sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora. (...)”

(REsp 871.386/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 01/10/2008)

**Demais Aspectos Controvertidos Referentes à Falta de Retenção e
Recolhimento de Tributos**

**ICMS – RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA – ANTECIPAÇÃO DE
TRIBUTO CONTESTADO PELO CONTRIBUINTE DE FATO**

**RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA PERANTE O FISCO EM FACE DA
DECISÃO JUDICIAL**

“(…) CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA
FIGURAR EM CAUSA EM QUE SE EXAMINA FORMA DE CÁLCULO DE ICMS.

(…) 2. Concessionária de energia elétrica não é sujeito passivo de obrigação
tributária e contribuinte no que se refere ao ICMS, uma vez que apenas repassa à
Fazenda Pública o numerário obtido, razão pela qual não possui legitimidade para
figurar no pólo passivo de ação cujo ponto controverso respeita à forma de apuração
de ICMS decorrente de transmissão de energia.”

(REsp 647553/ES, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,
julgado em 05/04/2005, DJ 23/05/2005 p. 161)

**Demais Aspectos Controvertidos Referentes à Falta de Retenção e
Recolhimento de Tributos**

ICMS – FURTO DE ENERGIA (“GATO”)

- Aspecto central da controvérsia: multa aplicada em razão do consumo irregular;
- Natureza jurídica da multa;
- Não-inclusão na base de cálculo do ICMS do valor relativo à multa em questão.

**Demais Aspectos Controvertidos Referentes à Falta de Retenção e
Recolhimento de Tributos**

ICMS – FURTO DE ENERGIA (“GATO”)

**NÃO-INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS DO VALOR RELATIVO À
MULTA EM QUESTÃO**

“ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. MULTA E/OU ACRÉSCIMOS EM HIPÓTESE DE FURTO OU CONSUMO IRREGULAR.

Não integram a base de cálculo do ICMS a multa aplicada pela concessionária, por consumo irregular de energia elétrica, e os acréscimos financeiros decorrentes de parcelamento de débito, pelo qual optou o próprio consumidor, nos termos do Parecer nº 01/2001/JAFS/PG3, aprovado pela Procuradoria Geral do Estado.”

(Recurso Voluntário nº 17.665, Rel. Conselheiro Antonio de Pádua Pessoa de Mello, Segunda Câmara do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, julgado em 22.01.2004)

Possíveis Consequências de Inconsistências na Declaração

LAVRATURAS DE AUTOS DE INFRAÇÃO PELAS AUTORIDADES FISCAIS PARA COBRANÇA DE TRIBUTOS

“OMISSÃO DE RECEITAS. FATURAMENTO. Demonstrado que os valores faturados superam os valores da receita informada na DIPJ, confirma-se a omissão de receitas correspondente à diferença.”

(Recurso Voluntário nº 148.967, Rel. Conselheiro Jayme Juarez Grotto, Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, julgado em 28.05.2008)

“IRPJ – OMISSÃO DE RECEITAS – CONFRONTO ENTRE LIVROS FISCAIS DO ICMS E A DIPJ - Caracteriza a ocorrência de omissão no registro de receitas a constatação de diferença entre o total das receitas lançadas e declaradas à Secretaria de Fazenda Estadual (livros e GIAS) em confronto com aquele informado nas DIPJ apresentadas ao Fisco Federal, mormente quando ela não é contestada pela autuada.”

(Recurso Voluntário nº 149.787, Rel. Conselheiro Nelson Lósson Filho, Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, julgado em 13.09.2007)

Minimização das Inconsistências

(Fluxo de informações entre o Setor Jurídico e o Contábil)

→ Comunicação entre os setores

- Contábil  Jurídico:
 - Informação quanto à apresentação de pedidos de compensação;
 - Formulação de consultas internas para dirimir eventuais dúvidas quanto a determinado aspecto da legislação tributária, inclusive as pertinentes ao cumprimento de obrigações acessórias;
 - Acompanhamento preventivo e feedback constante quanto às pendências verificadas no relatório de situação fiscal da empresa;
 - Informação tempestiva quanto a dificuldades para eliminação de pendências verificadas junto às autoridades fazendárias;
 - Informação tempestiva quanto ao início de procedimentos de fiscalização;

Minimização das Inconsistências

(Fluxo de informações entre o Setor Jurídico e o Contábil)

→ Comunicação entre os setores

- **Contábil**  **Jurídico:**
 - Orientação permanente quanto a alterações na legislação tributária;
 - Funcionamento efetivo como órgão de consultoria interna para solucionar dúvidas quanto ao cumprimento de obrigações tributárias (principais e acessórias);
 - Atualização constante quanto à jurisprudência relativa a temas tributários;
 - Revisão do preenchimento de declarações a serem apresentadas às autoridades fazendárias;
 - Atuação efetiva para solução de pendências apontadas pela área contábil no relatório de situação fiscal da empresa;

BICHARA, BARATA, COSTA & ROCHA

ADVOGADOS

Contatos:

Luiz Gustavo A. S. Bichara – *bichara@bbcr.com.br*

Bruno de Abreu Faria – *bruno.abreu@bbcr.com.br*

Bichara, Barata, Costa & Rocha Advogados
Rua do Ouvidor nº. 121/ 27º, 28º e 29º andares - Centro
Rio de Janeiro - RJ - Brasil
Telefone: (55 21) 3231-8011
Fax: (55 21) 2224-5295
www.bbcr.com.br

Rio de Janeiro – São Paulo – Vitória – Brasília – Volta Redonda

