

Tributação do reconhecimento de ativos regulatórios de energia

A fonte hidrelétrica, apesar do crescimento vertiginoso das fontes eólica e solar ocorrido na última década, ainda representa cerca de 80% da energia gerada no Brasil.

A geração de energia hidrelétrica é objeto de um sistema de administração centralizado e complexo.

Como regra geral, todas as usinas hidrelétricas acima de 50MW são despachadas centralizadamente pelo ONS - Operador Nacional do Sistema, o que significa dizer que a sua geração é determinada, em tempo real, pelo ONS, para atender de forma otimizada (i) a demanda de energia do mercado consumidor; (ii) o aproveitamento ótimo dos recursos hídricos por todos os geradores, especialmente os que sejam instalados no mesmo curso d'água; e (iii) atender a curva de aversão a risco, a qual recomenda economizar água para uso futuro e usar outras fontes, como termelétricas, para gerar energia no presente.

Para que este sistema funcione, os geradores não podem ser penalizados pelas decisões do ONS. Em outras palavras, os geradores não decidem o volume de energia gerada e devem ser protegidos das consequências do gerenciamento centralizado.

A forma de mitigação adotada no Brasil foi a criação do chamado MRE - Mecanismo de Realocação de Energia, que é uma espécie de condomínio onde cada gerador tem a si alocada uma quantidade de geração de energia elétrica firme (energia assegurada), determinada de acordo com as características técnicas da usina e fluxo do rio, entre outros fatores.

A energia assegurada é a quantidade de energia elétrica que os geradores hidrelétricos podem comercializar via contratos.

Toda a energia gerada pelos geradores membros do MRE é alocada entre todos os geradores, *pro rata* às respectivas energias asseguradas. Em anos com regime normal de chuvas, os geradores do MRE geram energia suficiente para alocar a totalidade da energia assegurada a todos os membros e, até mesmo, gerar energia adicional que pode ser comercializada no mercado.

De tempos em tempos, contudo, o país tem sofrido com a crise hídrica decorrente, principalmente, da escassez de chuvas. Esta crise traz graves consequências para os geradores hidrelétricos, pois, se o MRE gerar menos energia do que a soma das energias asseguradas de seus membros, o condomínio deve ir ao mercado de curto prazo de energia e comprar o *shortfall* de energia ao PLD (preço de liquidação de diferenças ou preço spot), independentemente do nível de geração individual de cada membro.

Essa diferença de energia que deve ser repostada pelos geradores do MRE é o chamado *Generation Scaling Factor* ou GSF.

Em um cenário de GSF, devido à falta de água, uso de fontes termelétricas e curva de aversão a risco acentuada, o PLD se situa em níveis máximos, exacerbando, assim, as perdas sofridas por geradores do MRE.

A crise hídrica dos anos de 2014 e 2015, associada a eventos externos como a decisão do CNPE - Conselho Nacional de Política Energética de acionar geradores térmicos de forma antecipada (o que reduziu ainda mais a energia gerada pelo MRE), gerou um GSF em proporções inéditas.

Seguiu-se um cenário de contencioso judicial, no qual geradores e associações de geradores contestavam a responsabilidade pelo GSF, tendo em vista que era devido a uma crise hídrica de proporções inesperadas e agravado por decisões de governo a respeito da energia assegurada de projetos de geração estruturantes e do acionamento antecipado de térmicas (fora da “ordem de mérito” do ONS) e obtiveram liminares que suspenderam a regular contabilização e liquidação das obrigações do mercado de energia elétrica por anos.

Para colocar fim ao impasse e permitir a retomada da normalidade do mercado de energia elétrica, foram publicadas a Lei nº 14.052/2020 e a Resolução Normativa nº 895/2020, que estabeleceram o mecanismo de compensação dos titulares das usinas, para reequilíbrio econômico-financeiro das outorgas de geração, por meio da prorrogação dos respectivos prazos de exploração, observado um prazo adicional máximo de 7 (sete) anos. As empresas então optaram pela desistência das disputas judiciais, para fins de uso do novo mecanismo.

Em função da prorrogação do prazo de exploração da usina de geração, o gerador reconhece em sua contabilidade um ativo intangível e a contrapartida em resultado. Na prática contábil, o ativo é reconhecido sob a justificativa de que ele é identificável, resultado de eventos passados, decorrente de um contrato, controlado pela empresa geradora de energia e capaz de gerar benefícios econômicos futuros. Este lançamento é normalmente visto como um ressarcimento das contraprestações pagas pelo ativo de geração.

Sob a ótica tributária, é extremamente relevante a questão acerca da tributação deste valor.

A extensão do contrato gera o direito de continuar a explorar o ativo de geração por prazo adicional ao originalmente previsto. Embora este direito tenha um valor econômico que é capturado pela contabilidade, não se trata de rendimento realizado e passível de tributação.

Na verdade, a extensão do contrato não resulta na entrada de qualquer caixa na empresa e tampouco no reconhecimento de um recebível. Há apenas a expectativa de explorar o ativo no prazo adicional da outorga, gerar, vender e entregar a energia para então haver rendimento devidamente realizado e passível de tributação. Somente com a exploração do ativo no prazo adicional, geração de energia, venda e entrega da energia é que a empresa terá rendimento devidamente realizado e passível de tributação.

O CTN prevê em seu artigo 43 que o imposto de renda tem como hipótese de incidência “a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica” de “renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos” ou “proventos de qualquer natureza”, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda. Evidentemente, a delimitação da incidência pelo CTN deve ser lida considerando o conceito constitucional de renda e os princípios da realização e da capacidade contributiva.

Assim, não se pode admitir a tributação da mera expectativa de explorar um ativo intangível no futuro.

É por isso que o artigo 35 da Lei 12.973/14 prevê a não tributação do valor relativo ao reconhecimento do ativo intangível no contexto de contratos de concessão e similares:

Art. 35. No caso de contrato de concessão de serviços públicos em que a concessionária reconhece como receita o direito de exploração recebido do poder concedente, o resultado decorrente desse reconhecimento deverá ser computado no lucro real à medida que ocorrer a realização do respectivo ativo intangível, inclusive mediante amortização, alienação ou baixa. [\(Vigência\)](#)

Parágrafo único. Para fins dos pagamentos mensais referidos no [art. 2º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#), a receita mencionada no caput não integrará a base de cálculo, exceto na hipótese prevista no [art. 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995](#).

Embora a Receita Federal tente limitar o alcance deste dispositivo à receita de construção, nos termos do artigo 166, parágrafo único da IN 1700, a redação do dispositivo legal é bastante abrangente. Sempre que a concessionária reconhecer como receita o direito de exploração recebido, tal valor somente será tributável conforme a realização do intangível, mediante amortização, alienação ou baixa.

Em outras palavras, não se tributa o valor do ativo reconhecido (até porque a tributação ocorrerá no momento e na proporção da amortização, sendo o resultado neutro), mas sim o valor decorrente da exploração do intangível (mediante a venda de energia, cobrança de pedágio, cobrança de tarifas aeroportuárias ou de outra forma conforme o tipo de ativo operado pela contribuinte).

No caso da repactuação dos riscos e extensão dos contratos, houve justamente o reconhecimento como receita do valor do intangível correspondente ao prazo adicional. Seja pela aplicação direta do artigo 35 da Lei no. 12.973/14, seja pela aplicação do artigo 43 do CTN e dos princípios da realização e capacidade contributiva, o valor desta receita não pode ser tributado no momento do reconhecimento.

De fato, não há disponibilidade, seja econômica ou jurídica, no caso de uma estimativa do valor da extensão da concessão ou outorga, que somente se realizará com a exploração do ativo, realização da atividade econômica, celebração de contratos com terceiros e entrega do resultado da operação.

Não há disponibilidade porque a empresa não dispõe de qualquer rendimento que possa ser utilizado em suas atividades econômicas, inclusive para pagar os tributos. Haverá rendimento e disponibilidade quando houver a geração da energia, a venda e a entrega da energia aos compradores.

Diferente seria a conclusão se a legislação e a renegociação do contrato resultassem na obrigação de o governo ressarcir em dinheiro as titulares da usina. Neste caso,

haveria o direito, independentemente de qualquer atuação futura da empresa e de qualquer condição, a receber certo valor.

Muito embora a legislação relativa ao PIS/COFINS tenha uma redação mais literal, permitindo a não tributação das receitas reconhecidas pela construção, recuperação, reforma, ampliação ou melhoramento da infraestrutura, cuja contrapartida seja ativo intangível representativo de direito de exploração, no caso de contratos de concessão de serviços públicos, entendemos que a conclusão não pode ser diferente.

De fato, não há qualquer ingresso definitivo que possa resultar em aumento de patrimônio da contribuinte, independentemente de condição ou atuação futura da empresa, que exprima capacidade contributiva. Tal como no momento do reconhecimento da receita de construção, não há qualquer ingresso com característica de receita tributável.

Talvez porque o efetivo ingresso dependa da geração e venda da energia no futuro, talvez porque o direito agora reconhecido é simplesmente o ressarcimento de um custo que não deveria ter sido incorrido, o direito à extensão do prazo da outorga não reflete capacidade contributiva.

A própria valorização do ativo intangível para fins do lançamento contábil leva em consideração estimativas e a realocação dos custos de aquisição e da respectiva amortização ao longo do prazo total da concessão ou outorga. Não há ingresso definitivo e que independa da atuação da empresa no futuro.

O ativo intangível é inicialmente reconhecido com base no valor dos custos de construção do ativo, acrescido pela margem de lucro do serviço de construção (que somados geram a receita de construção, nos termos da ICPC 01. Esta receita de construção, justamente por não se tratar de um valor realizado e que reflita capacidade contributiva, é excluída para fins tributários (de forma que a tributação ocorra apenas quando da efetiva exploração do ativo e recebimento pela venda da energia).

O valor do ativo intangível é então amortizado conforme o prazo da outorga ou concessão.

Não há razão para que diferença de tratamento entre o reconhecimento do intangível originalmente e quando da extensão da outorga ou concessão, pois em ambos os momentos não há qualquer rendimento ou acréscimo patrimonial realizado pela empresa, que reflita capacidade contributiva e seja passível de tributação.

A caracterização do reconhecimento do ativo intangível como um ressarcimento da contraprestação original incorrida pela empresa reforça este entendimento. Afinal, há uma redução do custo do ativo que será depreciado ao longo de toda a concessão (agora, com prazo estendido).

Assim, a tributação do valor reconhecido pela extensão do contrato geraria uma enorme distorção. O seguinte exemplo ilustra tal distorção:

Ativo intangível	
Prazo construção	1
Custo de construção	500
Receita de construção	525

Ativo intangível	525
Prazo original de operação	5
Prazo adicional concedido no ano 5	2
Receita anual de operação	100

A apuração do lucro real seria feita da seguinte forma, considerando o prazo original:

Resultado/ano	1	2	3	4	5	6	7	8	Total
Receita	525	100	100	100	100	100	-	-	1025
Custo construção	500	0	0	0	0	0	-	-	500
Amortização	0	105	105	105	105	105	-	-	525
Lucro líquido	25	-5	-5	-5	-5	-5	-	-	0
Adição	-	5	5	5	5	5	-	-	25
Exclusão	25	-	-	-	-	-	-	-	25
Lucro real	0	0	0	0	0	0	-	-	0

Se considerarmos o prazo de 7 anos desde o início do contrato, o resultado seria o seguinte:

Resultado/ano	1	2	3	4	5	6	7	8	Total
Receita	525	100	100	100	100	100	100	100	1225
Custo construção	500	0	0	0	0	0	-	-	500
Amortização	0	75	75	75	75	75	75	75	525
Lucro líquido	25	25	25	25	25	25	25	25	200
Adição	-	3,57	3,57	3,57	3,57	3,57	3,57	3,57	25
Exclusão	25	-	-	-	-	-	-	-	25
Lucro real	0	28,57	28,57	28,57	28,57	28,57	28,57	28,57	200

Ou seja, se o prazo do contrato tivesse sido corretamente fixado, *vis a vis* o custo do investimento, para que o gerador tenha o retorno esperado e equilibrado, haveria um lucro real de 200, distribuído de maneira homogênea ao longo do contrato.

Se houver o reconhecimento e a tributação do valor da extensão do contrato no ano 3, momento da renegociação, o resultado seria o seguinte:

Resultado/ano	1	2	3	4	5	6	7	8	Total
Receita	525	100	100	100	100	100	100	100	1225
Receita compensação	0	0	200	0	0	0	0	0	200
Custo construção	500	0	0	0	0	0	0	0	500
Amortização	0	75	75	115	115	115	115	115	725
Lucro líquido	25	25	225	-15	-15	-15	-15	-15	200
Adição	-	3,57	3,57	3,57	3,57	3,57	3,57	3,57	25
Exclusão	25	-	-	-	-	-	-	-	25
Lucro real	0	28,57	228,57	-11,43	-11,43	-11,43	-11,43	-11,43	200

Haveria a tributação de um valor desproporcional e não realizado no momento da renegociação, sendo que a empresa contribuinte somente terá disponibilidade econômica e jurídica sobre tal rendimento quando gerar e vender a energia nos anos seguintes.

Se aplicado o diferimento do valor reconhecido quando da renegociação, o resultado voltaria a ser razoável (equivalente àquele que se observaria caso o prazo houvesse sido originalmente fixado de maneira a permitir o esperado retorno ao investidor/operador do ativo):

Resultado/ano	1	2	3	4	5	6	7	8	Total
Receita	525	100	100	100	100	100	100	100	1225
Receita compensação	0	0	200	0	0	0	0	0	200

Custo construção	500	0	0	0	0	0	0	0	500
Amortização	0	75	75	115	115	115	115	115	725
Lucro líquido	25	25	225	-15	-15	-15	-15	-15	200
Adição	-	3,57	3,57	43,57	43,57	43,57	43,57	43,57	225
Exclusão	25	-	200	-	-	-	-	-	225
Lucro real	0	28,57	28,57	28,57	28,57	28,57	28,57	28,57	200

Contudo, a Receita Federal analisou situação análoga e chegou à conclusão oposta. Na Solução de Consulta Cosit 101/2017, a Receita Federal analisou o seguinte cenário:

- empresa distribuidora de energia auferir receitas em razão do fornecimento de energia aos consumidores;
- a tarifa de energia é composta pela Parcela A, que inclui os custos que não dependem de gestão da distribuidora, e pela Parcela B, que inclui os custos que dependem da gestão da distribuidora;
- como não é possível o repasse imediato na tarifa de energia das variações dos custos da Parcela A, a distribuidora registra a diferença entre os custos previstos (e que foram considerados na fixação da tarifa presente) e os custos efetivos em uma conta contábil chamada de CVA (Conta de Compensação e Variação de Valores de Itens da Parcela A);
- o saldo positivo da CVA é um ativo regulatório, que será considerado quando da fixação do reajuste da tarifa;
- do ponto de vista contratual, há o direito ao reajuste da tarifa para compensar eventual saldo da CVA, como forma de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O fisco entendeu que:

- a contrapartida do ativo reconhecido na CVA é receita tributável pelo IRPJ/CSLL/PIS/COFINS;
- no futuro, parte do valor da energia não será reconhecido como receita, mas sim como amortização do ativo regulatório.

O principal fundamento da conclusão da Receita é a existência de uma previsão contratual, decorrente de aditamento, que identifica o Poder Concedente como a contraparte responsável pela liquidação dos saldos remanescentes dos ativos regulatórios e determina que os valores registrados na CVA sejam incluídos na base da indenização devida na extinção da concessão por qualquer motivo¹.

Em função desta previsão contratual, foi editada a OCPC 08, que determinou o reconhecimento do ativo regulatório tendo como contrapartida o resultado do exercício, por não mais haver “incerteza significativa” quanto ao recebimento do valor. Ou seja, a Receita entendeu que o valor registrado na CVA é um efetivo recebível, direito líquido e certo, contra o Poder Concedente.

Ocorre que na prática não há qualquer recebimento que represente um ingresso definitivo e que independa de condição ou atuação futura da empresa. O valor

¹ Antes da existência desta previsão contratual o ativo regulatório não era reconhecido na contabilidade comercial, apenas nos livros auxiliares exigidos para fins regulatórios.

registrado na CVA é considerado no próximo ciclo de revisão tarifária e, somente após a entrega de energia para os consumidores após a vigência da nova tarifa é que a contribuinte, aos poucos, realiza a receita refletida contabilmente quando do lançamento do excesso de custos efetivos sobre os custos projetados na CVA. Ou seja, não há disponibilidade alguma no momento do registro do valor na CVA.

O fato de haver o direito de indenização, ao final da concessão, se não houver o reequilíbrio econômico-financeiro via revisão de tarifa, não pode ser entendido como sinalização de direito líquido e certo, signo presuntivo de riqueza disponível, apto a gerar receita do ponto de vista jurídico tributário. O direito à indenização ao fim da concessão é condicional, pois somente se aplica caso não tenha ocorrido o reequilíbrio via revisão da tarifa e realização de receita junto aos consumidores, em função da venda de energia.

Portanto, a Receita Federal deixou de reconhecer que os elementos necessários para que haja segurança com relação ao reconhecimento contábil de uma receita não são os mesmos exigidos para que haja receita do ponto de vista jurídico-tributário. Por esta razão, a legislação do PIS/COFINS é expressa no sentido de que estes tributos incidem sobre a receita bruta, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Até que haja (i) a revisão da tarifa e o fornecimento de energia na vigência desta nova tarifa, ao longo do tempo, ou (ii) a extinção da concessão com saldo positivo na CVA, não há efetivamente receita realizada ou rendimento disponível.

A solução adotada pela Receita é ainda incoerente porque exige que parte do faturamento de energia na vigência da nova tarifa não seja reconhecido como receita, mas sim lançado diretamente contra o ativo intangível, reduzindo as receitas auferidas com a distribuição da energia. Na verdade, o valor decorrente da venda da energia é faturamento, espécie de receita, ao passo que o ativo intangível deveria ser amortizado e gerar uma despesa. A Receita Federal acaba por exigir a adoção de procedimento diverso, que na prática representa uma exclusão da receita.

Como visto, os princípios e regras fiscais exigem a não tributação da receita reconhecida quando do reconhecimento do ativo intangível (receita apenas do ponto de vista contábil), pois a receita decorrente da distribuição da energia é indiscutivelmente tributável.

Por fim, a Receita deixou de aplicar o artigo 58 da Lei 12.973/14, o qual exige que a modificação ou a adoção de métodos ou critérios contábeis, por meio de atos administrativos editados com base em competência atribuída pela lei comercial não tenham efeitos fiscais até que haja lei regulamentando a matéria. No caso a OCPC 08 é posterior à Lei no. 12.973/14, mas a Receita entendeu que não houve mudança de critério contábil, já que o novo tratamento decorreu da alteração dos contratos.

Em nossa opinião, houve clara mudança de critério contábil, pois passou-se a admitir o reconhecimento como receita de um valor cuja realização depende da futura atuação da empresa.

Em situação análoga, no passado, a Receita reconheceu não haver receita realizada de passível de tributação. No contexto do apagão de 2002, a Medida Provisória 14/01 impunha uma sobretarifa (RTE) aos consumidores e a Receita Federal definiu que a receita tributável somente era auferida quando houvesse o efetivo consumo da energia:

RECOMPOSIÇÃO TARIFARIA EXTRAORDINÁRIA (RTE). PARECER COSIT 26/2002. EXCLUSÃO DO LUCRO REAL. A receita gerada pela aplicação da sobretarifa decorrente da RTE deverá compor a apuração da base de cálculo do tributo referente aos períodos em que ocorrer o efetivo consumo de energia sobre o qual incidiu a cobrança da sobretarifa, à medida e na proporção de sua efetivação, sendo tributo apurado de acordo com a lei vigente em cada um desses períodos.

Para adotar solução diferente no caso da CVA a Receita Federal alegou que há o compromisso firme do poder concedente de indenizar a distribuidora. Entretanto, como visto acima, este dever de indenização somente surge se ao final da concessão o distribuidor não tiver obtido a justa remuneração pelos custos incorridos via exercício da atividade econômica e recebimento da tarifa paga pelo consumidor. No caso da RTE, a lei determinava que a Aneel procedesse à recomposição tarifária e que esta vigoraria pelo período que fosse necessário. Embora a lei fosse silente nesse aspecto, também neste caso haveria direito à indenização caso houvesse o fim da concessão, pois a necessidade de equilíbrio econômico-financeiro continuaria a existir em função do artigo 37, XXI, da Constituição, art. 58 da Lei no. 8.666/93, art. 9, parágrafo 2 da Lei de Concessões, bem como de previsões específicas dos contratos, com o fim de garantir o equilíbrio econômico-financeiro.

Portanto, sempre haverá um mecanismo para ressarcir o particular no caso de custos não previstos ou situações fora do seu controle, como a crise hídrica. No entanto, em muitas situações estes mecanismos não garantem um imediato e disponível ressarcimento, ainda que para fins econômicos ou contábeis haja a sua medição e registro.

Seja no caso da extensão da outorga/concessão, seja no caso de um aditamento feito para reconhecer que ao final do contrato administrativo haverá dever de indenização pelo poder concedente caso o mecanismo de revisão tarifária e o exercício da atividade econômica não sejam suficientes para garantir o adequado retorno ao particular, não há rendimento disponível ou receita definitiva e realizada no momento em que se formaliza a extensão ou no momento em que se verifica um custo adicional não previsto. Em ambos os casos, a empresa dependerá da continuidade de suas atividades, do cumprimento de suas obrigações decorrentes do contrato administrativo, da geração ou distribuição de energia, da celebração de contratos com consumidores e da entrega da energia para que tenha rendimento disponível e receita realizada.

Em resumo, concluímos que a receita contábil decorrente do reconhecimento do ativo regulatório decorrente da extensão de contratos ou vinculado à futura revisão de tarifa não preenche os requisitos legais para que seja tributada, em função dos seguintes elementos:

- inexistência de ingresso definitivo apto a aumentar o patrimônio da contribuinte ou receita realizada;
- dependência de atuação futura da empresa (exploração do ativo, celebração de contratos com terceiros, geração e/ou distribuição da energia); e
- inexistência de fato ou direito que exprima capacidade contributiva.

Marco Monteiro e Leonardo Battilana, sócios de Veirano Advogados