



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA JURÍDICA DA AGÊNCIA REGULADORA DE
SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCESSO: ARSESP-PRC-2021/00090
INTERESSADO: GERÊNCIA DE ESTUDOS REGULATÓRIOS E DE MERCADO
PARECER: CJ/ARSESP n.º 98/2021
EMENTA: CONCESSÃO. Serviços públicos de distribuição de gás canalizado. Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/PASEP e da Cofins. Estudo de instrumento de devolução aos usuários dos valores já pagos. Proposta de submissão a consulta pública de mecanismo para devolução difusa. Viabilidade com observações.

Senhor Procurador do Estado Chefe,

1. Trata-se de consulta formulada pela Superintendência de Análise Econômico Financeira e de Mercados a propósito dos desdobramentos práticos da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/PASEP e da Cofins incidentes sobre os serviços de gás canalizado. Conforme narrado, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Parecer SEI N° 7698/2021/ME, reconheceu os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada nesse sentido no bojo do RE n° 574.706, o que motivou a iniciativa da ARSESP de, por meio de ofícios, questionar às concessionárias sobre as providências que estariam sendo adotadas sobre o assunto.

Parecer CJ/ARSESP n.º 98/2021

Página 1 de 6

Documento assinado digitalmente. Verificação em: <http://pge.doc.pge.sp.gov.br/docflow/digitalSignChecker.jsf>. Utilize o código: MDDX-S88F-XB9G-AZQO

Página 1 de 6

Este documento foi assinado digitalmente por LUIZ FERNANDO ROBERTO



PGECAP2021157255



Autenticado com senha por LUIZ FERNANDO ROBERTO - PROCURADOR DO ESTADO / CJ-ARSESP-PJ-USUARIO - 30/12/2021 às 10:46:06.
Documento Nº: 31812971-6397 - consulta à autenticidade em <https://www.documentos.spsempapel.sp.gov.br/sigaex/public/app/autenticar?n=31812971-6397>

SIGA



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA JURÍDICA DA AGÊNCIA REGULADORA DE
SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO

2. A partir das respostas apresentadas pelas concessionárias (fls. 8/34), a área consultante, previamente à realização de consulta pública a respeito do assunto, solicita parecer desta Consultoria especificamente sobre as premissas do modelo de metodologia para a devolução aos usuários dos valores auferidos pelas concessionárias.

3. A proposta consta do Parecer Técnico de fls. 38/47, do qual se depreende que os contratos em vigor, seguindo a Lei federal nº 8.987/95, preveem um tratamento de neutralidade fiscal vinculado ao equilíbrio econômico-financeiro, pelo qual qualquer alteração relevante de encargos decorrentes de tributos, seja para mais ou para menos, deve ser repassada à tarifa. Assim, seguindo o modelo adotado pela ANEEL e objetivando a modicidade tarifária, pretende a ARSESP elaborar um mecanismo destinado a devolver aos usuários os valores pagos a mais em razão da fórmula de cálculo dos tributos tida por inconstitucional pelo STF.

4. Ainda do parecer consta que as concessionárias haviam ingressado, em tempos diferentes, com ações judiciais para pleitear a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS, PASEP e da COFINS e a restituição dos valores já pagos pela antiga sistemática. Como consequência, há valores provisoriamente depositados ou provisionados e, além disso, valores a serem homologados pela Receita Federal após o trânsito em julgado das respectivas ações de repetição de indébito.

5. O objeto da consulta, como adiantado, são as premissas para a operacionalização dessa restituição. Há, segundo relatado na manifestação técnica, duas formas de se concretizar a devolução: a devolução individual (por CPF ou CNPJ do usuário) e a devolução difusa (feita por meio da tarifa). A devolução individual esbarraria, conforme a opinião manifestada, em obstáculos técnicos e operacionais, decorrentes, fundamentalmente, do caráter dinâmico que a base dos usuários apresenta, com desligamentos e novas ligações ao longo do período abrangido pelas ações judiciais promovidas pelas concessionárias. Há, ademais, outros questionamentos relacionados à devolução individual para os usuários industriais que já tenham se apropriado dos créditos tributários pertinentes ao caráter não cumulativo dos tributos em questão.

6. Em razão dessas dificuldades, propõe a Superintendência de Análise Econômico Financeira e de Mercados a devolução de forma difusa, ou seja, por meio de desconto na conta de gás, com foco na modicidade tarifária e





**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA JURÍDICA DA AGÊNCIA REGULADORA DE
SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO**

na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Segundo afirmado, a metodologia sugerida permite mais transparência e melhor controle sobre os valores a serem devolvidos e, além disso, pode mitigar os efeitos econômicos dos sucessivos aumentos do custo do gás.

7. A sistemática esboçada, segundo informado pela área técnica, se assemelha ao mecanismo de conta gráfica já praticada atualmente pela ARSESP, na medida em que *“o saldo de conta gráfica (seja positivo ou negativo) é cobrado/restituído aos usuários futuros e não os que necessariamente tiveram a participação direta na constituição do saldo”* (fl. 45). Conforme destacado, a devolução difusa, na forma sugerida, foi adotada para a mesma finalidade pela ANEEL, o que, segundo destacado, simplifica a devolução e a aproxima o cálculo dos demais componentes financeiros que integram a tarifa.

8. Com esses elementos, os autos foram encaminhados à CJ, por despacho da Senhora Chefe de Gabinete (fl. 48), com solicitação de análise e manifestação.

É o relatório. Passo a opinar.

9. De acordo com o acima relatado, o foco da consulta formulada é análise da viabilidade jurídica da adoção, pela ARSESP, de uma metodologia de devolução dos valores pagos a maior por meio de um mecanismo tarifário. Trata-se da denominada devolução difusa, cujo desenho ainda se encontra em fase embrionária, porque anterior, inclusive, à formulação de minuta a ser submetida à consulta pública.

10. No estágio em que se encontra a proposta, e, ao menos com base nos elementos ora remetidos para análise, entendo não haver obstáculo de natureza jurídica para o prosseguimento dos estudos pelo caminho proposto. Ante a incompletude insita aos contratos, é possível à agência reguladora exercer uma função integrativa para suprir omissões e superar problemas específicos que surjam ao longo da execução. Essa é a lição de Flávio Amaral Garcia, em trecho citado na obra de Leticia Lins de Alencar:





PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO

“A incompletude contratual e a construção de soluções participativas, negociadas e dialógicas, conta, nos setores duplamente regulados, com o papel fundamental da Agência, que tem, entre outras, a missão de manter o equilíbrio sistêmico de todos os interesses que estão em jogo e que transcendem apenas àqueles afetos as partes do contrato. Daí se cogitar de uma função integrativa que, a partir do método da ponderação, contribua para a evolução dinâmica do marco regulatório traçado no contrato, com a sua releitura como fruto de novas circunstâncias e contingências que surjam no decorrer da sua execução.”¹⁷

11. A posição doutrinária encontra amparo na legislação que rege a ARSESP. Lê-se da Lei Complementar estadual nº 1.025/2007 que, observando os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da celeridade (dentre outros), a agência reguladora deverá atuar para proteger o consumidor (notadamente no que respeita aos preços dos serviços), adotar metodologias que proporcionem a modicidade tarifária, e deliberar quanto à interpretação dos contratos e casos omissos². Nesse mesmo sentido, a lei de criação da ARSESP confere à agência reguladora, especificamente em matéria de gás canalizado, competências para aprovar a estrutura e para proceder à revisão das tarifas³, tendo como princípios, para esta finalidade, a modicidade das tarifas e o equilíbrio econômico-financeiro das concessões⁴.

12. Oportuno lembrar, também, que a tarifa, no contexto das concessões, é instrumento de política pública. Como pondera Jacintho Arruda Câmara, o “Estado encontra no modelo tarifário, para resumir todo o seu poder de

¹ ALENCAR, Letícia Lins de. Equilíbrio na Concessão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 108.

² Artigo 2º - A ARSESP, no desempenho de suas atividades, obedecerá aos princípios da legalidade, proporcionalidade, razoabilidade, celeridade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, descentralização, publicidade, moralidade, boa-fé e eficiência, observando-se os seguintes critérios e diretrizes: (...)

VIII - proteção ao consumidor no que respeita a preços, continuidade e qualidade do fornecimento de energia;

IX - aplicação de metodologias que proporcionem a modicidade das tarifas;

(...) XVI - deliberar, no âmbito de suas atribuições, quanto à interpretação das leis, normas e contratos, bem como sobre os casos omissos;

³ Artigo 8º - Quanto aos serviços de gás canalizado, compete ainda à ARSESP, respeitadas as competências e prerrogativas federais e municipais: (...)

III - aprovar níveis e estruturas tarifárias e proceder ao reajuste e à revisão de tarifas;

⁴ Artigo 36 - Na prestação dos serviços de gás canalizado serão observados os seguintes princípios, além daqueles dispostos na legislação federal de concessões:

IV - modicidade das tarifas e garantia do equilíbrio econômico-financeiro das concessões, consideradas taxas de remuneração compatíveis com as praticadas no mercado para atividades semelhantes.





**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA JURÍDICA DA AGÊNCIA REGULADORA DE
SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO**

*intervenção, um reconhecido instrumento de implementação de políticas públicas*⁵. Como consequência, reconhece-se na atividade de definição da estrutura tarifária um amplo leque de mecanismos por meio dos quais o Estado pode buscar finalidades públicas relacionadas aos contratos de concessão.

13. Isso significa que a fixação das tarifas não é uma mera acomodação entre interesses individuais de usuários e concessionária. Trata-se, em contrapartida, de instrumento integrante de uma política pública abrangente e de longo prazo, voltado para a eficiência e para a universalização dos serviços públicos de distribuição e gás canalizado. A esse respeito, destaca Jacintho Arruda Câmara:

“O poder concedente, além de intermediar uma constante tensão de interesses, tem como atribuição instituir, por intermédio do regime jurídico tarifário, uma política pública para o serviço em questão (...)

A tarifa, portanto, não é mero elemento comercial da prestação de serviço público. É, antes disso, um fundamental instrumento de implementação de políticas públicas”⁶.

14. Por essas razões, não parece haver obstáculo de natureza jurídica para que a proposta de restituição dos valores por meio de mecanismo tarifário, na forma difusa, seja levada à consulta pública, conforme proposto pela área técnica consulente.

15. Tal opinião, emitida ainda em caráter preliminar e com base nos elementos ora carreados ao processo, não dispensa uma análise jurídica mais aprofundada após a elaboração da minuta definitiva para o ato pretendido, sendo importante destacar, ainda, que este órgão jurídico permanece à disposição da Administração para dirimir eventuais dúvidas surgidas ao longo do processo de tomada de decisão, notadamente caso as contribuições recebidas pela ARSESP tangenciem matéria jurídica.

16. Tratando-se de parecer emitido em matéria vinculada a contratos de concessão, considerada como de acompanhamento especial, sugiro que estas conclusões sejam previamente aprovadas pela Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria.

⁵ CÂMARA, Jacintho Arruda. Tarifa nas concessões. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 32.

⁶ Op. Cit. p. 68.





PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA JURÍDICA DA AGÊNCIA REGULADORA DE
SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO

É o parecer. À superior consideração.

São Paulo, 23 de dezembro de 2021.

LUIZ FERNANDO ROBERTO
Procurador do Estado

Este documento foi assinado digitalmente por LUIZ FERNANDO ROBERTO

Parecer CJ/ARSESP n.º 98/2021

Documento assinado digitalmente. Verificação em: <http://pge.doc.pge.sp.gov.br/docflow/digitalSignChecker.jsf>. Utilize o código: MDDX-S89F-XB9G-AZQO

Página 6 de 6

Página 6 de 6



Autenticado com senha por LUIZ FERNANDO ROBERTO - PROCURADOR DO ESTADO / CJ-ARSESP-PJ-USUARIO - 30/12/2021 às 10:46:06.
Documento Nº: 31812971-6397 - consulta à autenticidade em <https://www.documentos.spsempapel.sp.gov.br/sigaex/public/app/autenticar?n=31812971-6397>



PGECAP2021157255

Protocolo de Assinatura(s)

O documento acima foi proposto para assinatura digital. Para verificar as assinaturas acesse o endereço <http://pgedoc.pge.sp.gov.br/docflow/digitalSignChecker.jsf> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código de verificação: MDDX-S88F-XB9G-AZQO



O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 29/12/2021 é(são) :

- LUIZ FERNANDO ROBERTO - 23/12/2021 14:19:34





PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA JURÍDICA DA AGÊNCIA REGULADORA DE
SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCESSO: ARSESP-PRC-2021/00090

INTERESSADO: GERÊNCIA DE ESTUDOS REGULATÓRIOS E DE
MERCADO

ASSUNTO: EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO
PIS/PASEP E DA COFINS NAS CONTAS DE GÁS E DA
DEVOLUÇÃO AOS USUÁRIOS DOS VALORES
AUFERIDOS PELAS CONCESSIONÁRIAS.

PARECER: CJ/ARSESP n.º 98/2021

Aprovo o Parecer CJ/ARSESP n.º 98/2021, por seus próprios fundamentos.

Versando, referido opinativo, sobre matéria afeta a contratos de concessão, considerada, no âmbito da PGE/SP, como de acompanhamento especial, recomenda-se a prévia submissão do mesmo à apreciação da D. Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria, para eventual aprovação.

À Secretaria Executiva, pois, para as providências a seu cargo.

São Paulo, 29 de dezembro de 2021.

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO DE ALMEIDA GALLEGTO



PGECAP2021157255



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA JURÍDICA DA AGÊNCIA REGULADORA DE
SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assinatura manuscrita em tinta preta, aparentemente de Roberto de Almeida Gallego.

ROBERTO DE ALMEIDA GALLEGO
Procurador do Estado
Chefe da CJ/ARSESP

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO DE ALMEIDA GALLEGO



PGECAP2021157255

Protocolo de Assinatura(s)

O documento acima foi proposto para assinatura digital. Para verificar as assinaturas acesse o endereço <http://pgedoc.pge.sp.gov.br/docflow/digitalSignChecker.jsf> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código de verificação: RD8Z-41WY-U5AK-UPVX



O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 29/12/2021 é(são) :

- ROBERTO DE ALMEIDA GALLEGO - 29/12/2021 10:33:29

