

Rio de Janeiro, 10 de janeiro de 2023.

À
Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo – ARSESP
Rua Cristiano Viana, 428, Cerqueira César
CEP 05411-902 | São Paulo - SP

Em atenção ao
Ilmo. Sr. Marcus Vinicius Vaz Bonini
Diretor Presidente e Diretor de Regulação Econômico-Financeira e de Mercados

Ref.: Contribuições complementares à Consulta Pública nº 12/22 e à Audiência Pública ARSESP nº 01/2023 – Gás Canalizado – Objeto: Proposta dos critérios para restituição aos usuários, dos créditos auferidos pelas distribuidoras de gás canalizado, decorrente dos processos judiciais e administrativos, acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Prezado Senhor,

Tratam-se de contribuições prestadas pela **Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado (ABEGÁS)** à Consulta Pública nº 12/22 e a respectiva Audiência Pública *supra* promovida pela Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo – ARSESP –, que visa promover debates e colher subsídios, que proporcionem maior grau de confiabilidade, clareza e segurança no processo de tomada de decisão da Agência Estadual, acerca de proposta de operacionalização da devolução aos usuários do montante de crédito de PIS/Cofins, obtido por elas, em ações judiciais, devido à decisão do STF, no Recurso Extraordinário 574.706/PR (Tema 69), submetido à repercussão geral, onde restou assentado o precedente judicial vinculante de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Segundo consta no edital de publicação da comunicação da audiência pública da ARSESP, essa audiência será realizada no ambiente virtual da plataforma eletrônica

Zoom, no dia 09.01.2023, e a contribuição à Consulta Pública poderá ser enviada até o dia 10.01.2023.

Com o intuito de contribuir para eventuais decisões por parte desta Agência, com relação ao tema pautado, doravante, a ABEGÁS apresenta suas informações e contribuições como um agente do setor próprio as quais deverão ser discutidas amplamente com toda a sociedade civil e com o Legislativo, em prol da consubstanciação do interesse público.

Para tanto, apresenta em tópicos as situações fáticas que deverão ser consideradas por todos os entes que compõem o setor de distribuição de gás canalizado paulista, em especial as distribuidoras/companhias envolvidas e a ARSESP.

I – CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO – JULGAMENTO DO RE 574.706/PR

É notório que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso extraordinário 574.706/PR, em 15/03/2017, estabeleceu que o ICMS não pode compor a base de cálculo do PIS/COFINS, uma vez que o imposto não corresponde à receita bruta/faturamento do contribuinte, o qual é devido aos Estados e ao Distrito Federal.

Apesar do referido entendimento do STF, a questão ainda não estava pacificada, pois a União havia questionado, em sede de Embargos de Declaração, qual seria o ICMS a ser excluído da base de cálculo dessas contribuições: se aquele destacado nas notas fiscais (tese propugnada pelo contribuinte) ou se aquele, efetivamente, recolhido pelos contribuintes (tese defendida pela RFB).

Mesmo antes do julgamento dos embargos, a Receita Federal expediu a Solução de Consulta Interna nº 13/18, na qual sustentou a tese restritiva de que o ICMS passível de exclusão da base de cálculo do PIS/COFINS seria o numerário efetivamente recolhido pelo contribuinte e, não, aquele destacado nas notas fiscais.

Nada obstante, no dia 13/05/2021, o STF, finalmente, julgou os Embargos de Declaração opostos pelo Fisco e decidiu que o ICMS a ser excluído é o destacado na

nota fiscal. Contudo, a Suprema Corte modulou os efeitos da decisão, de modo que a declaração de inconstitucionalidade da lei surtisse efeitos jurídicos, **somente a partir do dia 15/03/2017**, que foi a data de publicação do Acórdão do RE 574.706/PR.

II - PREMISSAS RELEVANTES A SEREM CONSIDERADAS PELO REGULADOR

O primeiro enfoque que merece atenção são os efeitos das decisões proferidas pelo STF no Recurso Extraordinário com repercussão geral 574.706/PR (Tema 69) e nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 574.706/PR, acima contextualizados, e a proposta da ARSESP, cuja premissa assumida é o de uma suposta “devolução” e integral aos usuários, por intermédio da conta de gás - a partir do conta gráfica de gás e transporte, no período de 12 meses -, dos créditos obtidos pelas concessionárias em processos judiciais em que se discute a tese fixada pelo STF.

A ARSESP, a partir de entendimento equivocado dos efeitos da decisão do STF (com destaque à modulação), apresenta proposta de repasse dos valores auferidos ou a serem auferidos pelas concessionárias de serviço público, em virtude de processos judiciais próprios, aos usuários, de forma difusa, por meio de futuros descontos nas tarifas.

Ocorre que a ARSESP desconsidera os efeitos “ex nunc” ou prospectivos como regra geral da decisão. Em outras palavras, a inclusão do ICMS na base de cálculo para fins de pelo STF estão sendo equivocadamente entendidos pela ARSESP, afastando então todos os demais pontos dispostos na Nota Técnica e na própria minuta de deliberação.

No entanto, segue-se ainda com a análise de outras premissas também relevantes, a título argumentativo, para que não se deixe de aproveitar a oportunidade pública de manifestação.

O segundo enfoque diz respeito à revisão tarifária na forma do art. 9º, § 3º da Lei nº 8.987/95 – Lei de Concessões (replicada nos contratos de concessão) que, em nova

premissa equivocada da Agência Reguladora, não incide em situações concretas como a presente, que envolve consequências concretas de decisão judicial. Tal previsão normativa e contratual incide quando da criação, da extinção ou da alteração de tributos por lei.

Explica-se. A disciplina da tarifa-teto e da modicidade tarifária não abarcam “créditos tributários que a concessionária possui ou possa vir a possuir perante o Fisco em restituição de tributos indevidos”, e de igual forma não poderiam superar a subordinação da Agência aos efeitos específicos da declaração de inconstitucionalidade produzidos pela decisão do STF.

E, na remotíssima hipótese - o que se consigna somente a título ilustrativo -, seja considerada legítima a revisão tarifária com base em mudança tributária, indubitavelmente essa não pode ser retroativa (não pode alcançar valores obtidos ou a serem obtidos pelas concessionárias em virtude de situações anteriores a 15/03/2017), ainda assim há que se considerar fatores relevantes sobre o proveito econômico das concessionárias, momento em se passa ao terceiro enfoque ou premissa.

O terceiro enfoque, trazido de forma tão somente argumentativa, é que a receita econômica em restituição ou a ser restituída pelo Fisco pertence, do ponto de vista do Direito regulatório, apenas poderia emanar a incidência do modelo de compartilhamento por receita extraordinária, tema já regulado pela ARSESP.

E, no quarto enfoque, é que ainda se tratasse, por analogia, que o período após 2017 fosse uma “alteração legislativa”, ainda assim para que se considerasse em eventual devolução dos créditos, é imperioso que sejam analisados diversos aspectos que impactam no valor líquido a ser tratado, a saber: custos operacionais e judiciais; descontos comerciais, inadimplemento de usuários, exclusão de usuários que já se beneficiaram na cadeia produtiva e de consumo, tributos incidentes, período de prescrição, entre outros, que não foram enfrentados pelo Regulador.

Num último quadrante, ainda há se mencionar que o tema não está finalizado no setor elétrico, paradigma expressamente utilizado pela ARSESP, em sua Nota Técnica,

para além do todo assinalado, ainda há, no STF, larga discussão acerca da competência da Agência Reguladora, da temática tributária e do processo legislativo adequado, da violação à coisa julgada e à segurança jurídica, entre outros, de maneira que prematura qualquer medida a ser adotada no âmbito estadual.

Em síntese das premissas: (i) é imperiosa a adequação de análise da ARSESP quanto adequado entendimento acerca da extensão e efeitos da decisão do STF, assim como da titularidade da concessionária quanto aos créditos tributários; (ii) inaplicabilidade do disposto no art. 9º §3º, da Lei de Concessões, sob pena de não apenas se estar diante de afronta a preceito Constitucional, como também diante de claro desequilíbrio econômico- financeiro da concessão, que margeia a eficiência gerada pela concessionária; (iii) utilização do modelo de compartilhamento de receita; (iv) na hipótese de devolução, após 2017, que se considerem as diversas nuances que afetam o proveito econômico da concessionária; e (v) ausência de conclusão no tema no setor elétrico.

Estabelecidas as premissas essenciais a serem consideradas pelo Regulador, passa-se a alguns detalhamentos que podem auxiliar à tomada de decisão da ARSESP.

III - ANÁLISE DA DECISÃO DO STF, EM SEDE DE REPETITIVOS, NO RE 574.706/PR – ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DE EFEITOS – ART. 27 DA LEI 9.868/99

Na época do julgamento dos Embargos de Declaração no RE 574.706/PR, no dia 13/05/2021, a Ministra Relatora Carmem Lúcia votou pela modulação dos efeitos da decisão *erga omnes* do RE 574.706/PR, tendo sido, pois, acompanhada por 2/3 dos Ministros do STF, nos moldes do **art. 27 da Lei n. 9.868/99**¹.

¹ **Art. 27 da Lei 9.868/99.** Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, **poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros,**

É preciso ter em mente, que, regra geral, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo é vinculante, *erga omnes* (alcança todos) e *ex tunc* (tem efeitos retroativos), seja no controle difuso, seja no controle concentrado de constitucionalidade.

No caso em estudo do RE 576.704/PR (Tema n. 69 de Repercussão Geral), o dispositivo da decisão vinculante dos Embargos de Declaração delimitou os efeitos jurídicos da declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, que determinava a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos seguintes termos:

*(...) 27. Pelo exposto, acolho, em parte, os presentes embargos de declaração, **para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar desde 15.3.2017** – data em que julgado este recurso extraordinário n. 574.706 e fixada a tese com repercussão geral “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS” -, **ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento de mérito.**” (grifo nosso)*

Os efeitos jurídicos da decisão vinculante de declaração de inconstitucionalidade podem sofrer a modulação de efeitos para que o conseqüente normativo da decisão possa ser aplicado a partir de outro momento, por razões imperativas de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (grifo nosso)

Assim, a r. decisão do STF, em sede de repercussão geral, no RE 574.706, embora tenha declarado a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, os seus efeitos jurídicos somente se aplicam **erga omnes (para todos)**, a partir do dia 15/03/2017 em diante.

A ressalva feita na parte dispositiva da r. decisão dos Embargos de Declaração no RE 874.706 para as ações judiciais individuais ou coletivas ajuizadas antes do “marco da modulação de efeitos”, isto é, antes do dia 15/03/2017, remonta apenas aos efeitos patrimoniais da declaração de inconstitucionalidade e, estritamente, para as partes do processo no caso concreto.

Isso significa que os créditos judiciais de PIS e COFINS anteriores ao marco de modulação de efeitos do dia 15/03/2017 representam efeitos patrimoniais *inter partes* excepcionais e que representam os ganhos de eficiência administrativa das concessionárias de distribuição de gás canalizado, segundo a política tarifária remuneratória prevista tanto na Lei n. 8.987/95 (Lei de Concessões), quanto no próprio contrato de concessão administrativa individual de cada uma das distribuidoras de gás canalizado.

Cuida-se da política de regulação por incentivos, em que, segundo o princípio do equilíbrio econômico-financeiro contratual, as concessionárias têm o direito à incorporação dos ganhos de eficiência, durante o ciclo tarifário atual, até a data da próxima revisão tarifária, quando os ganhos judiciais obtidos serão considerados na composição da base remuneratória regulatória para fins de fixação do teto tarifário, que poderá ser cobrado pelas concessionárias.

IV – MODELO DE REGULAÇÃO: PRICE CAP

Segundo entendimento jurídico da ABEGÁS, o contrato de concessão administrativa traz deveres ao Poder Concedente, com relação à concessionária, mormente, quanto à política tarifária, pois é obrigado a assegurar uma base remuneratória, que observe o custo do serviço público e uma taxa interna de retorno de

capital ao investidor, dentro da **política de regulação por incentivos**, em que o órgão regulador fixa um preço máximo do serviço público (*price cap*), permitindo à concessionária a **apropriação dos ganhos de eficiência administrativa** da parcela de custos gerenciáveis da tarifa, de modo que possa aumentar sua margem de ganho até a próxima revisão tarifária periódica ou extraordinária.

O sentido da adoção do “Fator X”, na base de remuneração regulatória das distribuidoras, é o de se permitir que ganhos de eficiência administrativa acabem sendo utilizados em investimentos de infraestrutura e novas tecnologias, de maneira a tornar mais eficiente o serviço de distribuição de gás natural e, assim, possibilitar a prática de um preço menor para esse tipo de serviço.

Em outras palavras, o regime de *Price Cap*, estabelecido no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de distribuição de gás canalizado, já dispõe os quadrantes de eficiência operacional, materializado em um Fator X, que serão repassados para os usuários.

Dentro desse contexto, é claro que o entendimento do alcance dos efeitos econômicos de decisão do Supremo Tribunal Federal, que excluiu o ICMS da base de Cálculo do PIS e da COFINS, ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de distribuição do gás canalizado, viola o equilíbrio econômico-financeiro, vez que cria um racional de repasse de eficiência não previsto.

Tudo a demonstrar que superada a inadequação de entendimento quanto aos efeitos e extensão da posição do STF, a aplicação da regulação quanto ao compartilhamento de receita extraordinária, passa justamente pelo alicerce das concessões estaduais paulistas quanto ao modelo adotado de eficiência. As concessionárias, cada qual em um momento, mas todas na busca de eficiência, não aquela perpetrada já na base de seus contratos, disciplinada pelo mencionado “Fator X”, foram além, e conquistaram o êxito na demanda judicial, cujos efeitos, no máximo, podem ser entendidos como aqueles que merecem tratamento compartilhado, respeitando a normatização vigente.

Por isso, necessário que a questão seja amplamente discutida, no âmbito da ARSESP.

V – EVENTUAL DEVOLUÇÃO APÓS 2017: ASPECTOS A SEREM CONSIDERADOS (CLIENTES INDUSTRIAIS, DESCONTOS COMERCIAIS, INADIMPLÊNCIA, CUSTOS OPERACIONAIS, TRIBUTOS INCIDENTES)

Na remota hipótese, conforme consignado nas premissas estabelecidas no item II desta Contribuição, que se enderece o tema de devolução para o período posterior a 15.03.2017, numa “analogia” à eventual alteração legislativa tributária, há de se enfrentar a forma de operacionalização do repasse aos usuários e a complexidade dos cálculos de rateio de devolução aos “usuários efetivamente afetados”, pois, tirante os clientes residenciais, que não se creditaram do encargo econômico-financeiro do aumento tributário (inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS), os clientes industriais, comerciais e de cogeração e de climatização, que estejam no regime não-cumulativo de PIS e COFINS, têm direito à crédito e já são ressarcidos, à proporção da base de cálculo composta pela margem de diferença entre os custos operacionais e o preço de venda de seu produto final (o gás canalizado é insumo no processo produtivo), além de serem considerados para fins de valor líquido o abatimentos de descontos comerciais concedidos, inadimplemento de usuários, custos operacionais e tributos incidentes.

Primeiro, que independentemente do regime de apuração dessas contribuições, as pessoas jurídicas repassam o valor do tributo aos preços de bens e serviços praticados no mercado. Segundo, vale destacar a complexidade ou mesmo a inviabilidade técnico- operacional, que estão envolvidas na identificação das pessoas jurídicas, que incorreram em pagamento a maior de PIS/Cofins ao longo dos últimos anos.

Como sabido, são diversos os regimes de apuração de PIS/Cofins, como os especiais, do lucro real, do arbitrado e presumido além do Simples Nacional. A não cumulatividade do PIS/Cofins não é o ponto em comum a todos eles, mas sim o fato de que as pessoas jurídicas, independentemente do regime de tributação a que estão submetidas, repassam a carga tributária incorrida aos preços de seus bens e serviços comercializados ou prestados em mercado. Dessa forma, é o consumidor final que incorre no efetivo ônus da tributação, e não a empresa responsável pelo recolhimento dessas contribuições.

Ocorre que esse consumidor final é difuso e, portanto, não identificável em sua maior parte. Uma empresa pode adquirir gás canalizado da Comgás, da Naturgy ou da GBD, como insumo para seu processo produtivo, sendo que a mercadoria produzida pode servir como matéria prima para diversas outras empresas inseridas em diferentes e longas cadeias produtivas, o que torna impossível a identificação de eventuais consumidores finais, os quais podem, inclusive, estar em outras unidades federadas, quiçá, em outros países!

Dessa forma, vale observar que mesmo as empresas que adquirem gás como insumo da Comgás, da Naturgy ou da GBD, e que estão em regimes cumulativos de PIS/Cofins, podem se beneficiar da comercialização de seus produtos para outras empresas do regime não cumulativo dessas contribuições.

Como efeito, o ônus final da tributação recai sobre o consumidor final, mas a dimensão desse ônus pode ser reduzida ao longo da cadeia produtiva em vista dos múltiplos regimes de PIS/Cofins coexistentes.

Sem contar ainda, o problema de se incluir os antigos usuários, com negócio extinto, e de se excluir os novos entrantes no mercado, e de se distinguir os usuários que estão no regime cumulativo de PIS e COFINS (aplicação de alíquota total de 3,65%) e no regime especial do SIMPLES NACIONAL.

Existem segmentos econômicos que não teriam sofrido os impactos da majoração dos encargos tributários do PIS/COFINS não-cumulativo, como por exemplo, o segmento tarifário dos industriais, visto que, como utilizam o gás canalizado como insumo e estão no meio da cadeia de circulação econômica de produção e comercialização, é certo que teriam créditos financeiros de PIS e COFINS, na sistemática “base contra base”, para se abater com os seus débitos fiscais.

Um outro ponto a ser considerado, é a prática de **descontos comerciais**, que foram praticados à época considerando um incorreto valor de tarifa. Quando as empresas distribuidoras de gás praticam descontos, o usuário não arca com a integralidade do valor que seria normalmente cobrado na relação comercial (i.e. com a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS), deixando de desembolsar determinado valor “neutralizado” pelo desconto.

Inicialmente, nada haverá a compensar se a concessionária tiver concedido descontos nas tarifas em montante igual ou superior à economia tributária que obteve com a exclusão dos valores de PIS e COFINS da base de cálculo do ICMS.

Como anteriormente exposto, a política remuneratória das distribuidoras de gás canalizado pelo órgão regulador estadual compreende, muitas vezes, a fixação de um “teto tarifário” (*price cap*), cujo valor foi calculado para fazer frente aos custos e despesas operacionais, o retorno de investimento de capital e uma margem de lucro, contudo, as distribuidoras não são obrigadas a praticar o preço máximo do teto tarifário para os seus usuários dos diversos segmentos (residencial, industrial, GNV, cogeração, comercial, etc.).

Deveras, segundo o princípio da modicidade tarifária, é possível que as distribuidoras de gás canalizado, inspiradas pelo princípio da livre concorrência, possam definir tarifas menores, abaixo do teto tarifário, desde que seja possível fazer frente a todos os seus custos e despesas, garantir a amortização de seus investimentos e ainda ter uma margem de lucro.

Isso porque, em alguns segmentos tarifários, é possível que haja a concorrência com produtos similares, tais como, o GLP (gás liquefeito do petróleo), no segmento residencial, e a distribuidora possa oferecer “descontos comerciais” (preços abaixo do teto tarifário), como maneira de atrair novos consumidores. Ao adotar essa prática, a distribuidora estará reduzindo os tributos incidentes sobre a saída de gás canalizado, como o PIS e a COFINS, devido à redução proporcional de sua base de cálculo (preço do gás), e se a diferença entre o teto tarifário e a tarifa efetivamente praticada conseguir absorver a inclusão indevida do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nada haverá a ser ressarcido ao usuário deste segmento tarifário, no período considerado.

Em linhas gerais, todos os “descontos comerciais”, que foram dados pelas concessionárias paulistas, consideraram todos os custos e despesas vigentes à época, inclusive os tributos pretensamente “majorados” pela declaração de inconstitucionalidade do STF, de modo que, possivelmente, os preços cobrados de alguns segmentos tarifários, abaixo do “teto tarifário”, não seria possível segundo o ténue equilíbrio econômico- financeiro contratual, caso fosse possível antever essa imputação de devolução integral retroativa dos ganhos judiciais de eficiência das concessionárias.

Reitera-se que a margem de diferença entre a tarifa inferior praticada à época e o teto tarifário determinado pelo órgão regulador deveria ser deduzida dos créditos eventualmente a serem devolvidos para alguns segmentos tarifários e, caso representem a totalidade do impacto tributário da “majoração indevida” do PIS/COFINS pela inclusão do ICMS, esses aludidos usuários já teriam sido, previamente, compensados, uma vez que a tarifa final praticada, com a inclusão da cobrança do tributo majorado indevidamente, não ultrapassa o teto tarifário vigente à época!

Não obstante, ainda há que se abater, de eventual devolução, os valores correspondentes aos **usuários inadimplentes** do período e ainda todos os **custos operacionais e judiciais incorridos e tributos incidentes**.

Dentro desta lógica, pairam inúmeras dúvidas, pois como seria possível se aplicar uma proporcionalidade na devolução desses ganhos judiciais para cada segmento

econômico afetado dos clientes das distribuidoras de gás no Estado de São Paulo?! Essa devolução deve ser repartida de forma indistinta para cada segmento?! Serão criadas tarifas distintas revisadas pelo órgão regulador estadual por segmento econômico?! Qual o prazo máximo de utilização dos créditos de PIS/COFINS ganhos pelas concessionárias?! Se houver a determinação de devolução dos ganhos judiciais das distribuidoras aos usuários, caso haja a caducidade do prazo de apropriação e utilização dos créditos de PIS/COFINS, devido à impossibilidade de vazão tempestiva de todo o estoque de saldo credor de PIS/COFINS, isso implicará no direito de aumento tarifário das distribuidoras, segundo o seu prejuízo financeiro?!

Esses são apenas alguns exemplos de diversas indagações relevantes, que gravitam em torno da temática da operacionalização da devolução dos ganhos judiciais das concessionárias de gás canalizado aos seus usuários e que servem para ilustrar, que, até mesmo esses pretensos prejuízos econômicos dos usuários, devem ser, perfeitamente, delimitados, sob pena de se causar um enriquecimento indevido aos usuários dos serviços.

Não se deve partir para a forma de operacionalização da devolução dos ganhos judiciais, antes de se definir quem são os beneficiários da devolução, em que proporção, e qual o montante de crédito a ser devolvido (há ou não há uma parcela dos créditos judiciais, que serão incorporados ao patrimônio das distribuidoras, como ganho de eficiência regulatória, no Fator X da tarifa até a próxima revisão tarifária?!).

Dessa forma, na hipótese do entendimento da devolução parcial dos ganhos judiciais de PIS e COFINS aos usuários dos serviços, a ARSESP, ao menos, teria de assegurar às distribuidoras de gás canalizado, o direito de dedução do montante a ser devolvido aos usuários dos serviços, relativo: (i) descontos comerciais; (ii) inadimplência do período; (iii) usuários que já se beneficiaram na cadeia de produção/consumo; (iv) despesas/custos administrativos e judiciais; e ainda (v) tributos incidentes.

Por fim, e não menos importante, há que se registrar, numa eventual situação de devolução, que o **período estabelecido pela ARSESP**, de 12 meses para sua operacionalização, é absolutamente diminuto e merece ser reconsiderado, diante de

relevante impacto no fluxo de caixa das concessionárias e da dissonância da própria ARSESP quanto a devoluções que foram necessárias no passado, cujo período tratado foi muito superior a esse agora proposto.

VI – PRESCRIÇÃO DAS AÇÕES CÍVEIS DE RESSARCIMENTO DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO PÚBLICO DE GÁS CANALIZADO – CONJUGAÇÃO DA PRESCRIÇÃO COM A MODULAÇÃO DE EFEITOS *PRO FUTURO* DO MARCO DO DIA 15/03/2017 DADA PELO STF

Em relação à prescrição, reforça-se que o STF definiu que os contribuintes que ingressaram com ação até o dia 15/03/2017 tem direito de reaver os valores pagos, contados da data da distribuição da ação.

Significa dizer, conforme exposto no decorrer desta Contribuição, que a decisão vinculante do STF criou o direito para os usuários de serviços de distribuição de gás canalizado de não serem cobrados, a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, isto é, **do dia 15/03/2017 em diante**.

Nesta esteira, o termo inicial da contagem retroativa do prazo prescricional de eventuais ações judiciais, individuais ou coletivas, de ressarcimento dos usuários desses serviços contra as distribuidoras somente se verifica, a partir da data do ajuizamento de cada uma dessas eventuais ações judiciais dos usuários e, não, da data do trânsito em julgado das ações das distribuidoras de gás canalizado, visto que os usuários dos serviços não estão abrangidos pela regra vinculante definida pelo STF (relação jurídica entre o Fisco e o contribuinte do tributo direto do PIS e COFINS), dependendo, pois, de se postular em juízo e de se comprovar eventual enriquecimento sem causa experimentado pelas concessionárias do serviço público (relação jurídica civil entre o usuário e a concessionária pela cobrança de um eventual indébito comercial – tarifa majorada indevidamente).

Dessa forma, a devolução dos ganhos judiciais das concessionárias de gás canalizado aos seus usuários é parcial, pois se o próprio STF não reconheceu os efeitos da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, desde a origem da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional, fica patente que as relações civis dos usuários também estão sujeitas à modulação de efeitos da decisão dos Embargos de Declaração no RE 574.706/PR, já que a Suprema Corte apenas pronunciou a inconstitucionalidade da inclusão a partir da data do julgamento definitivo deste recurso extraordinário, no dia 15/03/2017.

Reitera-se, aqui, que a ressalva casuística criada no dispositivo da decisão dos embargos de declaração fazendários, referente à “*exceção do ajuizamento de ações individuais anteriores ao marco do dia 15/03/2017*”, apenas resguarda o direito individual patrimonial de cada contribuinte de ser ressarcido, dentro do prazo prescricional, segundo a data do ingresso da sua própria ação, em caráter excepcional e com efeitos *inter partes*.

Portanto, somente os usuários que tenham proposto ação judicial pleiteando a devolução dos valores relativos à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins e que comprove ter arcado com o ônus financeiro é que poderá exigir das concessionárias eventual devolução de valores, limitada ao marco inicial prescricional de 15/03/2017, sob pena de configuração de enriquecimento ilícito e de violação à coisa julgada constitucional definida, em última instância, pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.

No tocante aos **prazos prescricionais das eventuais ações dos usuários**, é possível que haja o entendimento de que o prazo prescricional aplicável é o de 5 anos prevista no artigo 27 do CDC; de 3 anos na hipótese de enriquecimento sem causa (artigo 206, § 3º, inciso IV do CC); ou de 10 anos, em virtude dos precedentes² que podem entender que o caso se trata de hipótese de inadimplemento contratual entre os usuários e a COMGÁS (artigo 205 do CC).

No âmbito do setor elétrico, por exemplo, a **Comunicação ABRADDEE (Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica)** também aborda a necessidade de a ANEEL realizar uma delimitação temporal dos valores a serem restituídos aos usuários, segundo as regras de prescrição, de modo a garantir a segurança jurídica e a previsibilidade às concessionárias de distribuição de energia elétrica.

Independentemente do prazo prescricional, que se adote, para as ações judiciais dos usuários (3, 5 ou 10 anos), o fato é que, desde a data do julgamento do RE 574.706/PR, no dia 15/03/2017, já está fluindo a contagem do prazo prescricional dos usuários dos serviços, segundo a regra da *actio nata*, isto é, de que o direito surge, a partir do nascimento da possibilidade do exercício do direito de ação.

Por fim, o único ponto que aventamos é o de que seria inaplicável o prazo prescricional de 5 (cinco) anos do art.27 do Código de Defesa do Consumidor, porque não se cuida aqui de hipótese de responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, até mesmo porque o serviço de distribuição de gás canalizado foi prestado de maneira eficiente, adequada e regular pelas concessionárias. Isso significa que o pleito de indenização civil ou consumerista se vincularia a pretensão indébita tributária, referente à cobrança a maior de tributos incidentes na fatura comercial (PIS e COFINS majorado pela inclusão do ICMS na sua base de cálculo).

VII – CONCLUSÃO

Em suma, é fato incontestável que houve a ação eficiente de diversas distribuidoras de gás no Estado de São Paulo, como por exemplo a COMGÁS, em reduzir o custo gerenciável dos encargos tributários na tarifa do serviço de distribuição de gás canalizado, mediante o ajuizamento de ação judicial que visava excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, antes do marco de modulação de efeitos da r. decisão vinculante dos Embargos de Declaração no RE 574.706/PR (Tema n. 69 de

Repercussão Geral), no STF, isto é, o dia 15/03/2017 (A COMGÁS ajuizou sua ação judicial no dia 30/07/2013).

É fato também que essas concessionárias de serviço de utilidade pública assumiram o risco da demanda judicial, a partir de uma decisão empresarial, inclusive as despesas e os gastos judiciais com o processo, com os advogados contratados, dentre outros custos que devem ser considerados pela ARSESP.

Deve a ARSESP reanalisar o entendimento acerca dos efeitos e da extensão da decisão do STF, compreendendo-se que são as concessionárias as únicas titulares dos créditos e que se trata de eficiência gerada pelas decisões das concessionárias e, logo, dar tratamento regulatório já estabelecido ao compartilhamento de receita extraordinária, obedecendo-se o período prescricional cabível, e ainda que, em remotíssima hipótese se entenda pela suposta devolução após 2017, o que argumenta apenas a título de esgotamento do tema, vez que não incidente o dispositivo específico da Lei de Concessão (art. 9º, §3º), criando-se, aqui, uma situação absolutamente “atípica” de analogia, é que se deve apurar o proveito econômico, abatido, evidentemente, os valores de usuários que já se creditaram (ex. industriais), os descontos comerciais, os usuários inadimplentes, os custos e tributos envolvidos.

Pelo exposto, em resumo, mesmo que sob pena da exaustão, tendo-se em conta o conjunto de contribuições da ABEGÁS, mostra-se indispensável que, dentro dos critérios a serem definidos, para fins de preservação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, haja, minimamente: (i) eficiência que deve ser capturada pela **Concessionária**

– Modelo *Price Cap* [receita extraordinária]; (ii) na remota hipótese de devolução após 2017, a exclusão dos usuários (dentro dos parâmetros apresentados) que obtiveram descontos tarifários anteriormente concedidos; (iii) o abatimento dos custos que a distribuidora incorreu para ver reconhecido seu crédito fiscal (como, por exemplo, gastos com honorários advocatícios relacionados a ação judicial; tributos aplicáveis no retorno do valor ao caixa; custos operacionais), o ganho de eficiência em sua gestão, bem como a taxa de inadimplência; (iv) a neutralidade para a concessionária quanto aos eventuais

pleitos de devolução individual; (v) a contagem do prazo prescricional das ações judiciais dos usuários contra as concessionárias paulistas, a partir do dia 15/03/2017 – data do julgamento do RE 574.706/PR no STF – aplicação da regra de prescrição da *actio nata*;

(vi) alocação do risco judicial ao Poder Público – fato do príncipe (não incidência do art. 9º, §3º da Lei de Concessão); (viii) período extremamente enxuto – desequilíbrio ao fluxo de caixa – potencial efeito nocivo de aumento tarifário para reequilíbrio econômico-financeiro da concessão; (ix) paradigma do setor elétrico – Lei 14.385/2022 *sub judice* – na eventualidade de sua aplicação analógica ao setor de gás canalizado, a lei utiliza a expressão “usuários AFETADOS” e traz critérios equitativos para a devolução dos ganhos judiciais, como, *e.g.*, o equilíbrio econômico financeiro do contrato; (x) critérios preferenciais de operacionalização pela **devolução difusa**, apenas para os usuários dos segmentos: **residencial e comercial**, ou pelo **método da conta gráfica de tributos, desde que seja possível identificar os “usuários afetados”**; e (xi) **caso haja o reconhecimento da indeterminação dos titulares do direito à devolução dos ganhos judiciais, como interesses ou direitos difusos ou coletivos**, a complexidade dos cálculos, devido à coexistência de diversos regimes de tributação do PIS e da COFINS dos usuários, ao rastreamento dos usuários desligados e da exclusão dos novos entrantes, recomendaria a operacionalização da devolução indireta por meio da criação de um fundo regulatório específico, com a reversão indireta aos usuários, por meio do investimento de ativos de infraestrutura das concessionárias, com resultados futuros de melhoria dos serviços públicos e de redução das tarifas (custo operacional menor); tudo a ser avaliado dentro de um processo de Consulta Pública que atenda a todos os preceitos legais e viabilize a participação da sociedade a partir de uma proposta concreta e alinhada com os demais Estados, a fim de endereçar o tema de forma harmônica e dialogada.

São as contribuições a prestar no momento, em complementação às contribuições pontuais colocadas no formato de tabela, conforme sugestão da ARSESP, mas que devem ser lidas e analisadas dentro de todo o contexto apresentado.

Décio Freire
OAB/MG n. 56.543

Felipe Jordan Trajano Monteiro
OAB/MG n. 116.381

Erick de Paula Carmo
OAB/MG n. 86.712

Lorena Marques de Souza Lima
OAB/MG n. 196.187

² EREsp 1280825/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2018, DJe 02/08/2018.