

CONTRIBUIÇÕES ABRACE

CONSULTA PÚBLICA ARSESP Nº 12/2022

CRITÉRIOS PARA RESTITUIÇÃO DOS CRÉDITOS DECORRENTES DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS

JANEIRO DE 2023

1

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A ABRACE, associação setorial que representa um conjunto de indústrias energointensivas que corresponde a aproximadamente a 45% do consumo industrial de gás natural no país, motivada pela busca da modernização e competitividade, da atratividade para novos investimentos e da maturidade regulatória do setor de gás natural, vem participando e contribuindo ao longo do tempo nas discussões que envolvem a regulação do gás natural.

Sob esse foco, buscamos contribuir no presente processo regulatório promovido pela Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo – ARSESP no âmbito da Consulta Pública nº 12/2022, que coloca em discussão os critérios para restituição aos usuários, dos créditos auferidos pelas concessionárias de distribuição de gás canalizado, decorrentes dos processos judiciais e administrativos acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins.

Ante o exposto, viemos, primeiramente, parabenizar a agência pelas iniciativas tomadas e pela abertura do presente processo regulatório. Tais medidas colocam em evidência a conduta mais democrática pela agência.

Entendemos como medida acertada a **devolução integral** dos créditos de PIS/COFINS pela concessionária, decisão alinhada às condutas expostas pelo pelo Congresso Federal, que editou a Lei nº 14.385, de 2022, e pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel.

Conforme noticiado nos mais diferentes veículos de comunicação, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por maioria de votos, que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e COFINS, sendo a decisão válida a partir de março de 2017, quando foi fixada a tese de repercussão geral, em virtude do recurso extraordinário RE 574.706/PR, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que foi proferido o julgamento.

Após o julgamento do mérito do Recurso Extraordinário, foram opostos Embargos de Declaração pela Fazenda Nacional, tendo parcial acolhimento, e na parte provida, definiu o período de direito ao crédito, assim como a base de cálculo dos valores,

modulando então os efeitos da decisão de mérito. Neste sentido, destaca-se trecho do voto da Min. Carmem Lúcia, nos autos dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional:

“A atual incidência da sistemática de repercussão geral, com efeitos erga omnes e vinculante aos órgãos da Administração Pública e ao Poder Judiciário, recomenda o balizamento dos efeitos do que decidido neste processo, para preservar a segurança jurídica dos órgãos fazendários, ressaltados os casos ajuizados até a data da sessão de julgamento, em 15.3.2017. Admissível a produção de efeitos retroativos para os cidadãos que tinham questionado judicial ou administrativamente a exação, até a data daquela sessão de julgamento.” (grifo nosso)

Ao final do julgamento, o entendimento firmado foi justamente de que os contribuintes que haviam ingressado com ações judiciais ou processos administrativos juntos às Delegacias da Receita Federal, até o momento do julgamento da tese principal (15.03.2017), poderiam pleitear os créditos tributários pagos a maior.

Primeiramente, nos cumpre destacar que, por lógica, uma vez que o pagamento do tributo foi realizado pelos usuários, por meio das tarifas, não se vislumbra razão que justifique que as concessionárias retenham ou mesmo reconheçam em seus resultados, o crédito relativo à devolução de valores pagos a maior.

A Lei Federal nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e, conforme o parágrafo único do art. 1º, se aplica aos Estados, estabeleceu que alterações tributárias, quando comprovado impacto, positivo ou negativo, ensejam revisão da tarifa:

“Art. 9ª A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

[...]

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de **manter-se o equilíbrio econômico-financeiro**.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, **quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.**

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que **afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro**, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

Rechacamos a interpretação elástica da referida lei, em que a decisão do STF não se trata de alteração legal, mas somente uma decisão judicial sobre tributos. A interpretação dada pelo STF a incidência do PIS/COFINS gera uma alteração da incidência do tributo, caracterizando dessa forma a alteração legal referida no § 3º. Para corroborar esse entendimento, façamos um exercício contrário. Se o STF tivesse decidido pela incidência do PIS/COFINS na base do ICMS, retroativamente, os entes regulados argumentariam pela neutralidade tributária prevista na Lei Geral de Concessões.

Vale destacar que situação idêntica ocorreu com as concessionárias de distribuição de energia elétrica. O entendimento da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel¹, que já tratou do tema por meio da Tomada de Subsídios nº 05/2020 e da Consulta Pública nº 005/2021, foi no seguinte sentido:

“25. A Nota Técnica nº 37/2020-SFF/SGT-SEM-SMA/ANEEL apresentou entendimento das áreas técnicas da ANEEL quanto à devolução dos créditos tributários obtidos judicialmente. A despeito da relação jurídica estabelecida entre o contribuinte de direito – concessionária ou permissionária – e o contribuinte de fato – o consumidor de energia elétrica – atribui-se, a esse último, a repercussão econômica do custo

¹ Nota Técnica nº 9/2021-SFF/SGT/SEM/SMA-ANEEL, de 14/01/2021.

*tributário aqui discutido. Neste sentido, face às decisões judiciais transitadas em julgado, que estabeleceram que as contribuições ao PIS/Pasep e à Cofins foram recolhidas a maior em função da base de cálculo adotada, **o resultado da consequente exclusão da parcela de ICMS da referida base deve ser devolvido aos consumidores, aqueles que, de fato, o suportaram econômico e financeiramente.***”

Algumas agências reguladoras estaduais também já iniciaram um movimento no sentido de instaurar tomadas de subsídios e consultas públicas a respeito da forma de devolução dos valores em questão. Cita-se como exemplo a Agência Reguladora do Paraná – AGEPAR, que abriu a Tomada de Subsídios nº 002/2022-AGEPAR, destinada a obter contribuições e manifestações pertinentes “*a respeito das soluções regulatórias que podem ser adotadas para se proceder a restituição dos valores decorrentes do reconhecimento judicial da inconstitucionalidade da inclusão do valor relativo ao ICMS da base de cálculo dos tributos PIS e Cofins, nas operações realizadas pela COMPAGAS*”.

Consolidando o entendimento de que os montantes devem ser restituídos aos consumidores, foi editada a Lei nº 14.385, de 27 de junho de 2022, que disciplina a devolução de valores de tributos recolhidos a maior pelas prestadoras do serviço público de distribuição de energia elétrica. Dispõe a Lei:

Art. 1º A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“.....

*Art. 3º-B A Aneel deverá promover, nos processos tarifários, **a destinação integral, em proveito dos usuários** de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, **dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica relacionados às ações judiciais transitadas em julgado que versam sobre a exclusão do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) da base de cálculo da***

Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Contribuição para o PIS/Pasep) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

.....”

Como reconhecido pela Aneel, no voto do Diretor Relator manifestado no âmbito da Consulta Pública nº 005/2021²:

“28. O ajuizamento de ação judicial, com a finalidade de se obter desoneração da tarifa de energia elétrica – em face da utilização de forma de cálculo equivocada de tributo – é o comportamento eficiente que Poder Público e consumidores legitimamente esperam de um concessionário diligente, em especial por conta do princípio da Modicidade Tarifária e da própria Eficiência – esse extensível a aspectos financeiros e econômicos –, ambos estampados no art. 6º, §1º, da Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95) e que constam dos regulamentos pertinentes. Nessa linha, o sucesso no ajuizamento da ação judicial, constitui evidente resultado positivo, que no curso ordinário da regulação é de titularidade dos consumidores da concessão”.

Uma vez que dos usuários são cobrados, via tarifa, os valores efetivamente incorridos a título de PIS e COFINS pelas distribuidoras, ou seja, os tributos são neutros às distribuidoras, imperativo é que o crédito referente à diferença entre o valor considerado na apuração dos tributos ao longo dos anos, que, frise-se, foi cobrado via tarifas, retorne aos usuários.

Entendemos ainda que as distribuidoras, ao tomarem a decisão empresarial de questionar a incidência do tributo judicialmente, cumprem com sua função pela busca de modicidade tarifária. É de interesse empresarial da concessionária manter a melhor

² https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=41867&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp

competitividade da tarifa do gás natural viabilizando aumento da demanda do serviço prestado, elevando seu faturamento e rentabilidade.

Adicionalmente, consta ressaltar que corroboramos pela escolha do mecanismo de devolução difusa no presente cenário, com vistas ao menor esforço regulatório e a rápida implementação dos créditos. No entanto, a opção pelo modelo de devolução difusa não deve ser um óbice absoluto à devolução individual aos usuários que consigam comprovar o recolhimento a maior no período de apuração dos valores que serão restituídos à concessionária.

Por fim, no que concerne aos aspectos operativos da devolução, entendemos haver lacunas consideradas críticas que necessitam de endereçamento para promoção de um processo mais justo e transparente. Dessa forma, descrevemos a seguir os pontos de contribuição para aprimoramento da proposta de regulação em discussão.

MONTANTE PARA APLICAÇÃO NA PARCELA DE RECUPERAÇÃO

Os incisos I, II e III do art. 3º, § 1º da minuta de regulação proposta inserem margem de subjetividade em relação à apuração do montante para aplicação na parcela de recuperação.

A partir da leitura dos incisos citados, coloca-se em dúvida se a apuração do valor será efetuada sobre a expectativa de crédito ou sobre o montante realizado e efetivamente recuperado pela concessionária de distribuição. Dessa forma, solicitamos maior clareza sobre a metodologia de aferição. Como sugestão, propomos o estabelecimento do montante de expectativa de repasse ao qual a distribuidora possui direito e garantia de devolução, com determinação de cronograma fixo de 12 meses de devolução ao consumidor, promovendo previsibilidade aos usuários.

Além disso, importa ressaltar que a consideração do montante provisionado pelas distribuidoras insere um grau adicional de subjetividade, notadamente prejudicial aos consumidores, sobretudo aos usuários da distribuidora que não tomou a iniciativa de provisionamento.

Por fim, sugerimos a inserção de inciso no art. 3º, §1º da minuta de resolução, de maneira a considerar os valores repassados pelas concessionárias em função de decisões administrativas ou judiciais.

Proposta ARSESP	Proposta ABRACE
Art. 3º, § 1º. Inserção de inciso	Art. 3º, § 1º: VI - Os valores repassados pelas distribuidoras de gás natural diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais
Art. 3º: § 7º A dedução dos créditos em favor dos usuários nas contas gráficas de gás e transporte para os segmentos Residencial e Comercial se dará em parcela única, refletindo nos próximos 12 meses de tarifa, enquanto para os demais segmentos o montante a ser devolvido será aplicado em 4 (quatro) parcelas corrigidas pela SELIC ao longo do período de 12 meses, refletindo também ao longo de 12 meses nas tarifas dos usuários.	Art. 3º: § 7º A dedução dos créditos em favor dos usuários nas contas gráficas de gás e transporte para os segmentos Residencial e Comercial se dará em parcela única, refletindo nos próximos 12 meses de tarifa, enquanto para os demais segmentos o montante a ser devolvido será aplicado em 4 (quatro) parcelas corrigidas pela SELIC ao longo do período de 12 meses, refletindo também ao longo de 12 meses nas tarifas dos usuários.

TRATATIVA DOS CONSUMIDORES LIVRES

Considera-se fundamental dar tratativa específica para casos de consumidores que optarem pela migração ao mercado livre durante o processo de devolução dos montantes de crédito tributário.

A devolução desses montantes não deve servir de barreira adicional à migração dos consumidores. Dessa forma, deve-se garantir que consumidores existentes no mercado cativo ou livre, que contribuíram para geração do crédito tributário no passado e que optarem pela migração durante o período de devolução, tenham a garantia de recebimento dos valores de crédito que têm direito.

Para tanto, sugere-se que, no momento da migração do consumidor, o montante total específico ao consumidor migrante ou livre seja calculado e devolvido em sua totalidade,

seja em uma parcela única ou em parcelas mensais corrigidos pela SELIC, não devendo ultrapassar o limite temporal de 12 meses.

Proposta ARSESP	Proposta ABRACE
Inclusão de novo artigo.	<p data-bbox="579 394 1375 539">Art. XX: Para usuários cativos que optarem pela migração ao mercado livre, no período de devolução dos créditos tributários, serão restituídos o montante faltante em sua totalidade.</p> <p data-bbox="579 551 1375 696">§ 1º: Para devolução de que trata o caput deste artigo, o montante faltante deverá ser calculado com base no histórico de consumo do usuário migrante nos últimos 12 meses ou no período de geração do crédito tributário.</p> <p data-bbox="579 707 1375 887">§ 2º: O montante devido ao usuário migrante ou livre será o montante de expectativa de repasse faltante, proporcional ao volume projetado do usuário com base no histórico de consumo nos últimos 12 meses ou no período de geração do crédito tributário.</p> <p data-bbox="579 898 1375 1016">§ 3º: A devolução de que trata o caput deste artigo somente terá efeito para consumidores cativos existentes que tenham optado pela migração para o mercado livre.</p>