

São Paulo, 22 de dezembro de 2022

À Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (“ARSESP”)

Ref.: Consulta Pública nº 12/2022

Assunto: Contribuições referentes aos critérios para restituição, aos usuários, dos créditos auferidos pelas concessionárias de distribuição de gás canalizado decorrente da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS

A **Companhia Brasileira de Alumínio (“CBA”)**, sociedade anônima de capital aberto, inscrita no CNPJ sob o nº 61.409.892/0001-73, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº 105, Conjunto 141 – Andar 14, Monções, São Paulo – SP, e unidade fabril na Rua Moraes do Rego, nº 347, Centro, Alumínio – SP, e a **Metalex Ltda. (“Metalex”)**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 03.486.563/0001-20, com sede na Avenida Nicolau Ferreira de Souza, nº 1395, Terra Baixa, Araçariguama – SP, vêm apresentar contribuições no âmbito da Consulta Pública nº 12/2022 sobre os critérios para restituição, aos usuários, dos créditos auferidos pelas concessionárias de distribuição de gás canalizado decorrente da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS.

Como de conhecimento, a Consulta Pública em referência tem por objeto discutir a forma de devolução dos valores de PIS/COFINS que serão reavidos pelas concessionárias de distribuição de gás canalizado em função da exclusão do ICMS de sua base de cálculo, decorrente da apreciação do Tema nº 69 pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR em sede de repercussão geral.

Conforme narrado por esta D. Agência na Nota Técnica “DEF 3 – DEVOLUÇÃO DE CRÉDITOS ORIUNDOS DA APLICAÇÃO DE PIS/COFINS SOBRE ICMS NAS CONTAS DE GÁS CANALIZADO”, o ICMS compunha a base

de cálculo do PIS/COFINS pago pelas concessionárias de distribuição de gás canalizado e, em consequência, era integralmente repassado às tarifas dos usuários sob a forma de um *gross-up* à tarifa aprovada pelo regulador. Como consequência da neutralidade tributária que orienta o equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público¹, uma vez reconhecido que houve o recolhimento a maior do tributo devido pela concessionária, deve ser devolvido o tributo à concessionária e benefício econômico repassado aos usuários do serviço público, que custearam integralmente seu recolhimento a maior.

Para realizar tal devolução, referida Nota Técnica apresentou duas formas de restituição dos valores: (i) individual; e (ii) difusa, apontando esta última como a mais adequada. A devolução individual corresponderia à restituição dos valores pagos indevidamente aos usuários que arcaram com uma tarifa majorada pela maior incidência tributária. A devolução difusa, por sua vez, seria feita por meio da estrutura tarifária - especificamente por meio de créditos na conta gráfica do gás e do transporte -, independentemente de os atuais usuários terem arcado ou não com o impacto do recolhimento a maior do tributo no passado.

A escolha do modelo difuso por esta D. Agência foi justificada, principalmente, pelas dificuldades operacionais de obter o levantamento do histórico dos usuários ativos e inativos, incluindo histórico de leitura e faturamento, ao longo período de valores apurados para ressarcimento e de parte dos consumidores não se serem mais usuários da concessionária.

Ainda que as premissas utilizadas tenham a legítima preocupação com a viabilidade regulatória, entende-se que 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 (no caso da Naturgy, no período de 03/2012 a 12/2021²). Isso porque, para estes consumidores, é possível adotar o mecanismo de devolução individual, ressarcindo os consumidores efetivamente

¹ Nos termos do art. 9º, 3º da Lei n.º 8.987/1995:

§ 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.

² Deliberação ARSESP nº 1.241/2021, cujos efeitos iniciaram em 28/02/2022.

onerados pelo tributo a maior, diminuindo o subsídio cruzado intertemporal nas tarifas, sem que haja o custo regulatório presumido irrestritamente para todos os casos. Este modelo foi inclusive adotado para as tarifas de distribuição de energia elétrica por força do previsto no art. 3º-B, inciso IV³ Lei nº 14.385/2022.

Tal proposta da CBA e da Metalex tem por pano de fundo dois principais fundamentos: (i) a devolução difusa sem a possibilidade de que os usuários que efetivamente arcaram com o ônus do tributo a maior tenham a devolução individual gera um prejuízo indevido a um consumidor sabido e identificado; e (ii) em relação à CBA especificamente, a relevante variação de consumo observada entre o período de apuração do valor indevido e o período de devolução do valor faz com que sabidamente este não seja um mecanismo de ressarcimento.

Isso porque, em primeiro lugar, deve-se ter em mente que o montante de R\$ 123.420.000,00⁴ em questão no caso da Naturgy diz respeito ao **ressarcimento** de um tributo que fora indevidamente cobrado da concessionária e integralmente repassado ao usuário do serviço. Contudo PIS/COFINS não seja tradicionalmente considerado um tributo indireto, como é o ICMS, (i) pela garantia do equilíbrio econômico-financeiro, que, excetuados os impostos sobre a renda, prevê a neutralidade tributária do concessionário e (ii) pela estrutura tarifária adotada, que prevê o repasse integral e automático do PIS/COFINS sob a forma de um *gross-up*, estas contribuições acabaram se assemelhando aos tributos indiretos nas concessões de serviço público.

A consequência prática desta constatação é que a cobrança é feita de forma explícita e identificável nas faturas e não como um custo geral da concessionária, cujo impacto individual não é visualizado pelos usuários. Por simetria, sempre que possível, a restituição dos valores indevidamente pagos deveria ser feita

³ Art. 3º (...) XXII - promover, de ofício, 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 em razão de recolhimento a maior, por ocasião de alterações normativas ou de decisões administrativas ou judiciais que impliquem redução de quaisquer tributos, ressalvados os incidentes sobre a renda e o lucro. § 8º Para a destinação de que trata o inciso XXII do caput deste artigo, a Aneel deverá estabelecer critérios equitativos, considerar os procedimentos tarifários e as disposições contratuais aplicáveis e observar: (...) IV - os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais;

⁴ Este valor foi extraído da Tabela 3 da Nota Técnica “DEF 3 – DEVOLUÇÃO DE CRÉDITOS ORIUNDOS DA APLICAÇÃO DE PIS/COFINS SOBRE ICMS NAS CONTAS DE GÁS CANALIZADO” e pode vir a sofrer alterações e correções até o encerramento da homologação dos créditos pela RFB.

àquele usuário que arcou com o ônus econômico daquela cobrança. **Do contrário, perde-se o caráter primordial de ressarcimento e cria-se um subsídio cruzado intertemporal, entre aqueles que pagaram a maior no passado e aqueles que terão sua tarifa reduzida no presente e no futuro por valores que não necessariamente foram pagos por estes no passado.**

Neste ponto, a situação enfrentada pela CBA é particularmente ilustrativa para demonstrar que a opção devolução difusa como único mecanismo de devolução não se mostra como instrumento adequado a prestigiar o caráter indenizatório que tal ressarcimento deve buscar. No período de 03/2012 a 12/2021, no qual houve o pagamento a maior, a CBA representava aproximadamente 50% do consumo total da área de concessão da Naturgy. Atualmente, sua participação é de aproximadamente 35%. Para a CBA, portanto, o repasse dos créditos de forma difusa na estrutura tarifária da Naturgy não se mostra como um meio adequado a promover o ressarcimento do que a CBA, por anos, pagou a maior. Este será um alívio tarifário nas tarifas futuras a serem pagas pela CBA, mas não um mecanismo de ressarcimento, que é o que deveria ser buscado neste caso.

Válido lembrar que, juridicamente, a criação de subsídios cruzados na estrutura tarifária deve ser uma exceção e não a regra. Isso porque, nos termos do art. 13 da Lei n.º 8.987/1995⁵, determina-se que os usuários paguem tarifas diferenciadas conforme o seu custo de atendimento. Em consequência, naqueles casos em que o custo gerado pelo usuário é individualizável, tal custo deve ser repassado a tal usuário na mesma proporção. Pelas mesmas razões, na medida do possível, a devolução do PIS/PASEP e da COFINS repassado a maior a estes usuários deve ser feita também de acordo com sua efetiva contribuição de custeio.

Não se ignora a dificuldade operacional de individualizar este cálculo para todos os usuários do serviço da concessionária de distribuição de gás canalizado. **No entanto, contudo entenda-se meritória a preocupação desta D. Agência com a viabilidade operacional da forma de devolução, o mecanismo escolhido não pode inviabilizar a restituição devida**

⁵ Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

àqueles usuários que consigam comprovar e quantificar o recolhimento a maior feito no período. Se não se exige uma postura proativa da distribuidora em identificar e restituir individualmente os efetivamente impactados, a presunção de que tal demonstração é inviável não pode ser absoluta, devendo ser relativizada quando o usuário puder demonstrar e quantificar o valor devido. Aqui, destaca-se que, conforme art. 53, §2º, da Deliberação ARSESP n.º 732/2018,⁶ a própria regulação estadual determina que a concessionária mantenha em seus arquivos o histórico dos últimos sessenta meses. Ou seja, para o consumidor que tiver interesse, há formas de se apurar o valor a ser restituído. A regulação não pode, sob a pecha de não gerar uma complexidade operacional pressuposta, negar-lhes tal possibilidade e levar a uma renúncia compulsória a tal direito ao ressarcimento.

Por fim, mesmo para a hipótese de devolução difusa colocada em Consulta Pública, destaca-se que o mecanismo de ressarcimento via conta gráfica de gás e transporte é potencialmente anti-isonômico, na medida em que, além das distorções já apontadas acima, os benefícios não serão integralmente divididos com os usuários que venham a migrar para o mercado livre.

Isto porque, na migração para o mercado livre, o Termo de Reconhecimento de Dívida acerca do saldo da Conta Gráfica do Gás e Transporte leva em consideração tão somente o consumo do usuário nos últimos 12 (doze) meses, nos termos do art. 29, §1º, da Deliberação AERSESP n.º 1.061/2020⁷. Ou seja, para fins de comunicação do saldo da conta gráfica de gás e de transporte com as tarifas do usuário do mercado livre, é feita uma análise retrospectiva. Caso a restituição dos valores de PIS/PASEP e da COFINS se dê em um momento posterior à migração, portanto, tal devolução não impactará o usuário livre, uma

⁶ §2º - A Concessionária deve manter arquivo contendo os Fatores de Correção de Poder Calorífico Superior, Pressão, Temperatura e Compressibilidade, considerados no cálculo dos volumes faturados nos últimos 60 (sessenta) meses, mês a mês, para o caso de eventual solicitação de Usuário.

⁷ Art. 29. A opção pelo Mercado Livre somente será efetivada após a assinatura de Termo de Reconhecimento de Dívida, pelo Usuário, quando for o caso de pagamento da parcela de saldo da Conta Gráfica, incluindo a do Gás e do Transporte, Encargo de Capacidade (EC) e Preço de Gás de Ultrapassagem (PGU), e, de Perdas.

§ 1º. O valor do Termo de Reconhecimento de Dívida da Conta Gráfica do Gás e Transporte será o resultado da divisão do saldo em reais (R\$) desta conta pela média do volume distribuído pela concessionária nos últimos doze meses, multiplicado pela **média de consumo do Usuário nos últimos doze meses.**

vez que não levará a uma redução na margem de distribuição que compõe o cálculo da tarifa de uso da rede.

Diante do exposto, a CBA e a Metalex solicitam que as considerações e propostas ora apresentadas sejam analisadas por esta D. Agência no âmbito do Consulta Pública nº 12/2022 para aperfeiçoamento dos critérios para restituição, aos usuários, dos créditos auferidos pelas concessionárias de distribuição de gás canalizado decorrente da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS.

Sendo o que nos cumpria para o momento, agradecemos a oportunidade de contribuir e renovamos os votos de elevada estima e consideração.

Atenciosamente,

COMPANHIA BRASILEIRA DE ALUMÍNIO

METALEX LTDA.