

São Paulo, 9 de janeiro de 2023

Destinatário: ARSESP

consultapublica@arsesp.sp.gov.br

**Assunto: Ref. Contribuição da Jatobá S.A. – Em Recuperação Judicial à
Consulta Pública 12/2022**

Prezados e Prezadas integrantes da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo – ARSESP,

Na qualidade de usuária do serviço de gás no Estado de São Paulo, a **JATOBÁ S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o nº **72.908.239/0001-75**, com sede social na Av. Presidente Castelo Branco, 1230, Vinhedo, SP, CEP 12380-000 (“*Jatobá*”), neste ato representada por sua advogada que esta subscreve, apresenta a presente manifestação com o intuito de contribuir com a Consulta Pública nº. 12/2022 (“Consulta Pública”), aberta por essa Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (“ARSESP”) em 08/12/2022, para colher subsídios e contribuições para a definição dos critérios para restituição dos créditos tributários auferidos pelas concessionárias de distribuição de gás canalizado do estado de São Paulo, decorrentes dos processos judiciais e administrativos acerca da exclusão da incidência do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, nos termos da Nota Técnica ARSESP-DCI-2022/03910 (“Nota Técnica”).

Inicialmente destacamos a dificuldade de utilizar os meios propostos pela consulta, vez que o formulário para contribuição é um documento em formato excel, sem possibilidade de edição e com campos que não são suficientes para expor as contribuições da *Jatobá*, razão pela qual enviamos a contribuição no presente formato.

No respeitoso entendimento da *Jatobá*, a Consulta Pública proposta pela ARSESP não poderá prosseguir, vez que encontra óbices insuperáveis. Vejamos.

1. A ARSESP NÃO POSSUI COMPETÊNCIA PARA REGULAR A MATÉRIA PROPOSTA PELA CONSULTA PÚBLICA

Em breve síntese, a Nota Técnica propôs fixar o modo de devolução dos créditos tributários auferidos pelas concessionárias de distribuição de gás canalizado do estado de São Paulo, decorrentes dos processos judiciais e administrativos acerca da exclusão da incidência do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins.

A ARSESP foi instituída pela Lei Complementar nº. 1.025/2007 e dentre as competências previstas na referida lei, não parece haver previsão que a autorize especificamente a decidir sobre a destinação de valores recebidos a título de indébito tributário.

Vale observar que o artigo 146 da Constituição Federal, em seu inciso III, define que cabe somente à lei complementar "*estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária*".

Portanto, tendo em vista que apenas Lei Complementar poderia regular eventual devolução de indébito tributário, no respeitoso entendimento da *Jatobá*, não

parece que a ARSESP possua competência para a editar Deliberação que defina os critérios para restituição dos créditos tributários.

Nota-se que a base utilizada pela ARSESP para propor a Consulta Pública, qual seja, a iniciativa adotada pela ANEEL no âmbito do setor de energia elétrica é inaplicável para o caso concreto, pois a ANEEL adotou a iniciativa após a edição da Lei nº. 14.385/2022 que atribuiu à ANEEL a competência para compensar, com a redução de tarifas, os créditos de PIS/Cofins.

Não obstante, ainda que houvesse autorização legislativa (o que de fato parece não haver), ainda assim não parece que a ARSESP teria competência para definição sobre a forma de destinação do indébito tributário.

Afinal, as regras para restituição tributária já estão previstas na competente lei complementar, qual seja, o Código Tributário Nacional ("CTN"), notadamente nos artigos 165 e 166, o que apenas reforça a tese de que falta à ARSESP competência legal para tratar sobre o tema.

Importante notar que a Lei nº. 14.385/2022 é atualmente objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, autuada sob o nº. 7324 ("ADI 7324"), perante o C. Supremo Tribunal Federal ("STF"), onde a Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica – ABRADEE defende que faltaria à ANEEL a necessária competência para deliberar sobre a devolução dos créditos tributários.

Ora, se no caso da ANEEL já há discussão sobre a constitucionalidade de Lei Federal editada para permitir que ANEEL regulasse a devolução dos créditos tributários, há fortes indícios que eventual ato administrativo decorrente da Consulta Pública iniciada pela ARSESP padecerá pelos mesmos vícios.

Diante do exposto, a *Jatobá* entende que não existe autorização legislativa para que a ARSESP regule a devolução dos créditos tributários. E, ainda que lei fosse editada para tratar do tema (o que, até o momento, não parece ter ocorrido), parece recomendável a imediata interrupção da Consulta Pública para que se aguarde o desfecho da ADI 7324, em especial a análise do pedido liminar lá formulado, para evitar que eventual Deliberação da ARSESP resultado desta CP seja maculada pelos mesmos vícios tratados em aludida ADIN.

2. A IMPOSSIBILIDADE DA DEVOLUÇÃO DIFUSA PRETENDIDA PELA ARSESP

Outro ponto que merece atenção é a sistemática de Devolução Difusa sugerida pela Nota Técnica. Essa sistemática pretendida pela ARSESP contraria a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal ("STF") no tema nº. 752 e o Superior Tribunal de Justiça ("STJ"), em acórdão prolatado no Recurso Especial nº. 1.299.303/SC, em regime de recurso repetitivo, definiram que o consumidor, contribuinte de fato, possui legitimidade ativa para questionar a restituição de indébito:

STF:

Tema nº. 752: Legitimidade do consumidor final para propor ação de repetição de indébito tributário relativo a valores do ICMS incidente sobre a demanda contratada de energia elétrica.

STJ:

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. **Diante do que dispõe a legislação que disciplina as**

concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. (REsp n. 1.299.303/SC, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, julgado em 8/8/2012, DJe de 14/8/2012.)

Sendo assim, a restituição tributária é um direito que deve ser exercido pelo consumidor que arcou indevidamente com os impostos e, portanto, faz jus a receber a restituição na exata medida daquilo que foi indevidamente suportado. Nesse sentido, a sistemática proposta pela ARSESP visa alterar a lógica consolidada pelo judiciário em questões similares, o que não parece ser possível/juridicamente correto, pois poderá gerar prejuízo não só aos consumidores, como também ao próprio erário.

Importante ressaltar que já existem decisões¹ reconhecendo o direito de consumidores a pleitear a restituição do indébito tributário, o que reforça o direito do consumidor a reaver os exatos valores que arcou indevidamente, nada menos.

Nota-se nos documentos da Consulta Pública que as concessionárias ajuizaram ações em momentos diferentes, existindo concessionária que poderá obter a restituição dos últimos 14 anos.

É evidente que a base de clientes sofreu inúmeras alterações em um lapso temporal tão considerável, o que levaria a “Devolução Difusa” pretendida pela ARSESP a acarretar enriquecimento ilícito por usuários que não são os legítimos

¹ Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Procedimento comum cível nº 5013059-02.2019.4.03.6105. 8ª Vara Federal Cível de Campinas. Juíza: Jamille Morais Silva Ferraretto. Data da sentença: 16/12/2019 e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Procedimento comum cível nº 1011339-19.2020.4.01.3800. 15ª Vara Federal Cível da SJMG. Juiz: Felipe Eugênio de Almeida Aguiar. Data da decisão liminar: 21/04/2021

prejudicados (e titulares) do direito de restituição dos valores e prejudicar tantos outros usuários.

Nota-se que, pela lógica pretendida pela ARSESP, um usuário que possui contrato firmado em 2022 será igualmente beneficiado que um usuário que possui contrato há 14 anos.

Ou seja, o primeiro usuário será beneficiado sem qualquer razão, enquanto o segundo usuário que contribuiu com impostos indevidos pelos últimos 14 anos terá sua restituição reduzida substancialmente.

Ora, não pode o consumidor ter seu direito afetado, afinal possui o direito de reaver tudo o que arcou indevidamente.

Assim, a Consulta Pública na forma pretendida pela ARSESP, não pode prosseguir, sob pena de causar prejuízo aos usuários, o que não pode ser admitido.

3. CONCLUSÃO

Por todo o acima exposto, a *Jatobá* submete a presente manifestação no intuito de requerer que a Consulta Pública seja imediatamente suspensa para que se evite a prática de atos potencialmente nulos, bem como seja igualmente revista a proposta de Devolução Difusa em razão dos claros prejuízos que serão causados aos usuários.

Sem mais para o momento, aproveitamos a oportunidade para reiterar nossos protestos de elevada estima e consideração.

Atenciosamente,

7

Jatobá S.A. – Em Recuperação Judicial

p.p. BRUNA FLORIAN

OAB/SP 381.391