

São Paulo, 10 de janeiro de 2023.

À Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo – ARSESP

consultapublica@arsesp.sp.gov.br

Assunto: Consulta Pública nº. 12/2022. Critérios para restituição dos créditos auferidos pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins. Contribuição da Wow Nutrition Indústria e Comércio S.A. - Em Recuperação Judicial

1. INTRODUÇÃO

O presente documento apresenta as contribuições da **Wow Nutrition Indústria e Comércio S.A. – Em Recuperação Judicial**, empresa com sede na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Geraldo Flausino Gomes, nº 78, conjunto 152-Parte, Cidade Monções, CEP: 04575-903, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.338.823/0001-57 (“WOW”), à Consulta Pública nº 12/2022 (“CP 12/22”) aberta por essa Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (“ARSESP”). Aludida CP 12/22 tem por objeto o estabelecimento de 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 e da COFINS.

Passaremos a expor as razões pelas quais, na respeitosa visão da WOW, a deliberação proposta pela ARSESP não poderá ser admitida e, por consequência, a CP 12/22 deverá ser encerrada, ou, no limite, suspensa.

2. RAZÕES PARA O ENCERRAMENTO DA CP 12/22

2.1. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DA ARSESP PARA REGULAR A RESTITUIÇÃO DOS CRÉDITOS AUFERIDOS PELA EXCLUSÃO DA INCIDÊNCIA DO ICMS NA FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS

Conforme exposto na Nota Técnica ARSESP-DCI-2022/03910 (“Nota Técnica”), a ARSESP pretende, por meio de deliberação, fixar os critérios para 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 (“Créditos”).

Contudo, na visão da WOW, a ARSESP não possui competência para deliberar sobre aludida matéria.

Com efeito, o artigo 146 da Constituição Federal, em seu inciso III, estabelece que cabe à lei complementar “*estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária*”.

Ocorre que a Lei Complementar nº. 1.025/2007, notadamente a lei que instituiu a ARSESP, não lhe conferiu poderes específicos para regular questões ligadas a restituição de valores relativos a indébito tributário.

De modo a corroborar o entendimento, verifica-se que o modelo utilizado pela ARSESP para propor a deliberação é baseado na proposta da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL que, conforme bem ponderado pela Nota Técnica, possuía autorização legislativa para tratar sobre a questão:

*Além disso, a Arsesp, acertadamente mirando a indicação da devolução dos valores na modalidade difusa, teve a corroboração de seu entendimento espelhado na **Lei nº 14.385/2022, que alterou a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**, disciplinando a devolução de valores de tributos recolhidos a maior pelas prestadoras do serviço público de distribuição de energia elétrica, determinando no inciso XXII do artigo 3º, **competir à ANEEL: i. promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão** (fl. 15).*

Ou seja, diferente do previsto na Nota Técnica, o modelo da ANEEL não corrobora o entendimento da ARSESP. Ao contrário, serve apenas como reforço para demonstrar a falta de competência da ARSESP para deliberar sobre a questão.

Importante ressaltar que as regras para restituição tributária já estão previstas nos artigos 165 e 166 da Lei nº 5.172/1966, e, portanto, ainda que houvesse lei complementar autorizando a ARSESP a deliberar sobre a restituição de indébito tributário, não poderia a ARSESP contrariar o já previsto nos artigos 165 e 166 da Lei nº 5.172/1966.

Tanto é verdade, que a lei¹ que autorizou a ANEEL a tratar sobre a restituição do indébito tributário é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 7324 ajuizada perante o C. Supremo Tribunal Federal (“STF”). Em aludida ADI, discute-se a ausência de competência da ANEEL para deliberar sobre a devolução dos Créditos.

Portanto, há indícios relevantes e materiais sobre a ausência de competência das agências reguladoras para tratar sobre a questão.

Vale observar que, no respeitoso entendimento da WOW, o artigo 9º, §3º da Lei 8.987/95² também não confere competência para ARSESP tratar sobre a devolução dos Créditos. Aludido dispositivo de Lei apenas dispõe sobre a revisão futura de tarifas por conta de criação/alteração/extinção de tributos, não tratando sobre a restituição de valores.

Sendo assim, a WOW entende que resta demonstrada a inexistência de autorização legislativa para que a ARSESP delibere sobre a restituição dos Créditos. Caso eventual lei seja editada para conferir autorização à ARSESP para regular a questão, entende-se prudente a suspensão da Consulta Pública para que se aguarde o desfecho da ADI 7324, ou, ao menos, a análise do pedido liminar em aludida demanda.

2.2. A INADEQUAÇÃO DA DEVOLUÇÃO DIFUSA PROPOSTA PELA ARSESP E O POTENCIAL DE DANO DA MEDIDA

¹ Notadamente a Lei nº. 14.385/2022.

²Art. 9º 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.

(...)

§ 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.

No respeitoso entendimento da WOW, caso se decida pelo prosseguimento da CP 12/22, o que não acredita seja possível, parece que a proposta de devolução difusa do Crédito apresentada pela ARSESP não seja a mais adequada.

Efetivamente, o quadro de usuários das concessionárias de gás sofre alterações ao longo dos anos. Diversos consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, podem ter encerrado os seus negócios, terem se mudado ou até mesmo falecido, ao mesmo tempo que muitos novos usuários surgiram e surgirão nos próximos anos.

Portanto, a devolução difusa pretendida pela ARSESP ocasionará inevitável enriquecimento ilícito de usuários que não fazem jus ao direito de restituição dos valores, já que não necessariamente realizaram o pagamento do tributo cuja restituição foi obtida pelas concessionárias de gás.

Ou seja, a lógica defendida pela ARSESP beneficiará indevidamente novos usuários e causará danos aos usuários que contribuíram com impostos alegadamente indevidos nos últimos anos.

Não se pode esquecer, ainda, a possibilidade de danos ao erário. Com efeito, por meio da Devolução Difusa, as concessionárias de gás poderão acabar devolvendo duplamente os Créditos (tanto para os usuários que não fariam jus, quanto para aqueles que efetivamente fariam, por terem contribuído no passado). Assim, exsurgiria para as concessionárias o direito de demandar restituição ao Estado de São Paulo dos valores pagos (ressarcidos) em duplicidade.

Ainda, a Devolução Difusa pretendida pela ARSESP contraria a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal no tema nº. 752 e o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão prolatado sob o regime de recurso repetitivo, definiram que o consumidor, contribuinte de fato, possui legitimidade ativa para questionar a restituição de indébito em situações que envolvem concessionárias de serviço público:

Tema nº. 752 do Superior Tribunal Federal: 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.

Ementa do REsp n. 1.299.303/SC julgado pelo Superior Tribunal de Justiça: 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.)

Portanto, a restituição tributária é um direito que deve ser exercido pelo consumidor que arcou indevidamente com os impostos e, assim, faz ele jus a receber a restituição na exata medida daquilo que foi indevidamente suportado.

Adicionalmente, conforme é possível observar dos anexos da Consulta Pública, as concessionárias de distribuição de gás canalizado do estado de São Paulo ajuizaram as ações discutindo a incidência do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS em momentos bastante distintos, o que interfere diretamente no montante a ser auferido a título de restituição de indébito tributário.

Ao adotar a lógica da Devolução Difusa, os consumidores que tenham diligentemente ajuizado ações em períodos pretéritos aos das concessionárias podem ser diretamente prejudicados, o que não pode ser admitido.

Deste modo, a Devolução Difusa proposta pela ARSESP parece não ser o modelo adequado a ser perseguido.

3. CONCLUSÃO

Feitas as considerações acima, a WOW confia que a ARSESP apreciará os argumentos expostos e determinará o encerramento, ou ao menos, a suspensão da Consulta Pública para evitar a ocorrência de atos nulos de pleno direito.

Aproveitamos a oportunidade para renovar nossos protestos de elevada estima e consideração.

Atenciosamente,

Wow Nutrition Indústria e Comércio S.A. - Em Recuperação Judicial

p. Marcos de Almeida Nunes

Diretor Financeiro