

APRESENTAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES – Consulta Pública nº 12/2022

Participante: Zenergas Consultoria

Meios de Contato: Zevi Kann – zevi@zenergas.com.br ou celular 11999815598

- () agente econômico
 () representante de órgão de classe ou associação
 () Consumidor ou usuário
 () representante de instituição governamental

- () representante de órgãos de defesa do consumidor
 (x) Outros

CRITÉRIOS PARA RESTITUIÇÃO AOS USUÁRIOS, DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS AUFERIDOS PELAS CONCESSIONÁRIAS DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS CANALIZADO, DECORRENTES DOS PROCESSOS JUDICIAIS E ADMINISTRATIVOS ACERCA DA EXCLUSÃO DA INCIDÊNCIA DO ICMS

Item da minuta de Deliberação	Contribuição	Redação Sugerida
<p>Considerando o julgamento de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 574.7096 (tema nº 69 de repercussão geral) pelo STF, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu pela 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)</p>	<p>Sugere-se o ajuste do texto do “Considerando” esclarecendo a vigência da decisão.</p> <p>A decisão do Supremo Tribunal Federal ocorreu em março de 2017 e a sua modulação em maio de 2021. Diante disso, ainda que se considerasse a decisão judicial como se alteração normativa fosse, o efeito “erga omnes” se deu naquele ano (para frente). O objeto da proposta de regulação é fruto da eficiência gerada pelo comportamento da concessionária em questionar judicialmente o tema. Não houve alteração normativa a respeito do tributo em si.</p> <p>Em outras palavras, a atitude das concessionárias que são diligentes e procuram formas de gerar eficiência em sua operação, a exemplo da eficiência tributária, por meio da busca de uma solução judicial, não pode ser encarada</p>	<p>Considerando o julgamento de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 574.7096 (tema nº 69 de repercussão geral) pelo STF, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu pela 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</p>

	<p>como uma eficiência esperada, conforme equivocadamente exposto na Nota Técnica DEF 3 – Devolução de Créditos Oriundos da Aplicação de PIS/COFINS sobre ICMS nas contas de gás: “Salientamos que o ajuizamento de ação judicial para questionar a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins é o comportamento eficiente que o Poder Concedente e os usuários esperam de um concessionário, em especial por conta do princípio da modicidade tarifária e da própria eficiência”.</p> <p>Ocorre que, no modelo <i>price cap</i>, o regulador define um teto inicial para a tarifa, cujo valor é periodicamente reajustado com base no índice de preços ao consumidor e de outros segmentos (IGPM ou IPCA, conforme o caso), descontado um fator de ajuste (Fator X). Ou seja, definida a tarifa pelo ente regulador, é indicada uma trajetória de eficiência para o período subsequente. O ganho que excede a trajetória fica com o concessionário. Já o consumidor fica com o ganho da trajetória de eficiência e com o ganho de produtividade. A fixação de um preço-teto, portanto, incentiva a concessionária a obter ganhos de produtividade.</p> <p>Dessa forma, não é adequada a própria exigência contida na proposta analisada sob a perspectiva regulatória, do mecanismo da concessão das distribuidoras de gás canalizado no Estado de São Paulo.</p> <p>Ainda que se mantivesse o entendimento de eventual “devolução”, o que não parece haver fundamento, ela deveria considerar, a partir do acima exposto, que a concessionária obteve uma receita extraordinária e,</p>	<p>Cofins), estabelecendo a sua aplicação a partir de 15 de março de 2017, nos termos da modulação da decisão, em maio de 2021.</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>portanto, apenas parte dela seria endereçada à modicidade tarifária (mas, não, portanto, como a natureza de uma devolução de créditos tributários).</p> <p>Por fim, relevante anotar que o setor elétrico, utilizado como paradigma na elaboração da Nota Técnica e consequente proposta de deliberação, não está definido e, ainda, teve precedente lei (Lei nº 14.385/22) (<i>sub judice</i>) estabelecendo as bases para a devolução, que nem ao menos foram consideradas pela ARSESP.</p>	
<p>Art. 1º Os procedimentos para a devolução aos segmentos de usuários de distribuição de gás canalizado dos valores auferidos pelas concessionárias do estado de São Paulo, decorrentes dos processos judiciais e administrativos referentes à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins</p>	<p>Sugestão de alteração. Caso persista o entendimento de “devolução dos créditos”, e utilizando-se como paradigma a própria lei (Lei nº 14.385/22) que regulamenta a questão no âmbito do setor elétrico (relembrando que se encontra <i>sub judice</i>), é necessário que seja prevista a devolução para aqueles que foram AFETADOS: “Art. 1º A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 3º (...):</p> <p>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”’.</p> <p>Tal alteração é relevante, pois, na hipótese de que se entenda pela devolução, esta precisará contemplar os usuários que foram de fato usuários dos serviços no</p>	<p>Art. 1º Os procedimentos para a devolução aos segmentos de usuários de distribuição de gás canalizado afetados dos valores auferidos pelas concessionárias do estado de São Paulo, decorrentes dos processos judiciais e administrativos referentes à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins.</p>

	<p>respetivo período (não podendo a proposta constituir repasse de supostos créditos tributários a usuários que não geraram o respectivo crédito, seja porque não eram usuários de gás à época da geração do crédito, seja porque seu volume de gás à época da geração do crédito é distinto do percentual de volume que consome hoje), sendo certo ainda que os usuários que tomaram o crédito tributário integral à época (usuários industriais) não foram afetados, na medida em que já gozaram desse valor via crédito tributário. Qualquer decisão que não observe tais premissas tem o potencial de gerar uma onda de judicializações individuais contra as distribuidoras.</p> <p>Nesse contexto, é preciso também ressaltar que qualquer devolução a usuários afetados não abrange clientes industriais que tomaram o respectivo crédito tributário integral.</p>	
<p>Parágrafo único. O disposto no <i>caput</i> não se aplica a usuários do segmento de termoeletricas que detiveram isenções tributárias do pagamento de ICMS, ou seja, não foram gerados créditos por inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins.</p>	<p>Sugestão de inclusão de novo dispositivo para contemplar a não incidência da norma a outro conjunto de usuários, qual seja, o segmento industrial que não tenham obtido prejuízo. Explica-se e fundamenta-se. Não pode haver o repasse do crédito fiscal para usuários que não são consumidores finais do gás canalizado, na medida em que os créditos já percebidos por esses usuários não foram impactados. Isso porque, ao tratar dos créditos de PIS e COFINS apurados sobre a aquisição de bens para revenda e insumos (artigos 3º, incisos I e II, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003), o parágrafo primeiro dos artigos 3º, das leis em questão determina que o crédito será determinando mediante a aplicação da alíquota do PIS e da COFINS sobre o “valor dos itens [bens e serviços]</p>	<p>Parágrafo único. O disposto no <i>caput</i> não se aplica:</p> <p>I- a usuários do segmento de termoeletricas que detiveram isenções tributárias do pagamento de ICMS, ou seja, não foram gerados créditos por inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins;</p> <p>II- aos usuários do segmento industrial que tenham se beneficiado dos respectivos</p>

	<p>mencionados nos incisos I e II, do caput, adquiridos no mês”.</p> <p>Os usuários que tomaram créditos não devem receber indenização correspondente ao crédito fiscal, pois esses contribuintes se aproveitaram integralmente desses exatos valores. Decidir de maneira contrária a esse conceito irá gerar um enriquecimento sem causa desses usuários que já aproveitaram o crédito tributário integral, gerando desequilíbrio econômico-financeiro para a concessionária.</p> <p>Além disso, ainda há que se falar nos clientes que não se encontram mais conectados ao sistema da concessionária, que, na modalidade proposta pela ARSESP, não farão jus a qualquer devolução.</p>	<p>créditos no decorrer da cadeia produtiva.</p>
<p>II – Conta Restituição ICMS dos segmentos residencial e comercial: conta na qual são registrados os montantes, referentes aos valores auferidos pelas concessionárias Comgás, Naturgy (GNSPS) e Gás Brasileiro (GBD), no âmbito de ações administrativas e ações judiciais transitadas em julgado, que tenham por objeto 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), que serão integralmente restituídos aos usuários dos serviços de distribuição de gás canalizado, na forma estabelecida nesta Deliberação. Os saldos da Conta Restituição ICMS são corrigidos</p>	<p>Proposta de alteração da terminologia Conta Restituição ICMS por Conta Restituição PIS-PASEP e COFINS, pois inexistente qualquer restituição de ICMS e entendemos que a terminologia proposta seria mais adequada.</p> <p>Proposta de inclusão para que sejam contemplados os custos operacionais e descontos comerciais, além do inadimplemento, também em linha com o modelo do setor elétrico, que na lei, prevê: “Art 3º (...). § 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: I - as normas e os procedimentos tributários aplicáveis à espécie; II - as peculiaridades operacionais e processuais relativas a</p>	<p>II – Conta Restituição PIS/PASEP E COFINS ICMS dos segmentos residencial e comercial: conta na qual são registrados os montantes, referentes aos valores auferidos pelas concessionárias Comgás, Naturgy (GNSPS) e Gás Brasileiro (GBD), no âmbito de ações administrativas e ações judiciais transitadas em julgado, que tenham por objeto a exclusão do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação</p>

<p>mensalmente pela taxa básica de juros - SELIC - definida pelo Banco Central, ou no caso de sua extinção, a que vier a substituí-la</p>	<p>eventuais decisões judiciais ou proferidas por autoridade tributária competente; III - a destinação integral dos valores do indébito, após apresentação ao órgão fazendário competente de requerimento do crédito a que faz jus, nos termos da legislação de cada ente tributário; IV - os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais; e V - o equilíbrio econômico-financeiro da concessão”.</p> <p>Note-se que, ainda que se a referida norma não estivesse sob análise judicial e, pudesse de fato ser aplicada como parâmetro seguro ao caso das distribuidoras de gás canalizado, fato é que ainda sim deveriam ser considerados (abatidos) os custos operacionais, nele incluídos os próprios descontos comerciais, o procedimento junto ao Fisco, os repasses já eventualmente feitos, e, claro, a observância ao equilíbrio econômico financeiro da concessão, todos os itens, claramente, não abarcados na análise e na proposta da Arsesp.</p>	<p>(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), que serão integralmente restituídos aos usuários dos serviços de distribuição de gás canalizado, na forma estabelecida nesta Deliberação, excluídos os valores correspondentes a descontos comerciais concedidos, custos incorridos e ainda o inadimplemento do período. Os saldos da Conta Restituição ICMS são corrigidos mensalmente pela taxa básica de juros - SELIC - definida pelo Banco Central, ou no caso de sua extinção, a que vier a substituí-la</p>
<p>IV – Montante para aplicação na Parcela de Recuperação (Deliberação Arsesp 1010/2020): montante apurado com base no percentual do total dos créditos a ser destinado aos segmentos residencial e comercial e aos demais segmentos, de acordo com a média ponderada dos percentuais mensais apurados do período pretérito em relação ao total faturado de cada concessionária.</p>	<p>Proposta de exclusão de “demais segmentos” e inclusão de “excluídos os valores correspondentes a descontos comerciais concedidos, custos incorridos e ainda o inadimplemento do período”.</p> <p>Isso porque além da justificativa apresentada no item anterior, a devolução integral e irrestrita de tais créditos importaria em violação à base objetiva do equilíbrio econômico-financeiro das concessões do serviço de distribuição de gás canalizado, que tem previsão no art. 10 da Lei nº 8.987/1995 e no art. 41, do Decreto nº</p>	<p>IV – Montante para aplicação na Parcela de Recuperação (Deliberação Arsesp 1010/2020): montante apurado com base no percentual do total dos créditos a ser destinado aos segmentos residencial e comercial e aos demais segmentos, excluídos os valores correspondentes a descontos comerciais concedidos, custos incorridos e ainda o</p>

	43.889/2009, bem como em violação ao art. 20 da LINDB.	inadimplemento do período , de acordo com a média ponderada dos percentuais mensais apurados do período pretérito em relação ao total faturado de cada concessionária.
<p>Art.3º. Os valores auferidos pelas concessionárias Comgás, Naturgy (GNSPS) e Gás Brasileiro (GBD), no âmbito de ações administrativas e ações judiciais transitadas em julgado, que tenham por objeto 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), serão integralmente restituídos aos usuários dos serviços de distribuição de gás canalizado, na forma estabelecida nesta Deliberação.</p>	<p>Proposta de inclusão para que a norma deixe claro que o conceito de “auferimento” pressupõe um acréscimo patrimonial da companhia, de modo que devem ser excluídos do cálculo da devolução todos os valores que não refletem esse acréscimo patrimonial, a exemplo dos (a) honorários advocatícios contratuais pra obtenção dos créditos; (b) auditoria independente para apurar o montante dos tributos recolhidos a maior pela concessionária; (c) custos operacionais para habilitar o crédito perante a RFB; (d) o abatimento dos tributos aplicáveis aos créditos tributários recebidos pela concessionária; (e) ausência de devolução para usuários que tomaram “créditos cheios”; e (f) abatimento dos descontos comerciais e valores de faturas inadimplidas.</p> <p>Portanto, desde que determinada despesa ou custo não tenha refletido em acréscimo patrimonial da companhia, entende-se que tais valores devem ser excluídos da devolução.</p> <p>Esse racional, inclusive, foi o que levou o STF a excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, de modo que isso também deve ser levado em consideração para fins desses cálculos.</p>	<p>Art.3º. Os valores auferidos pelas concessionárias Comgás, Naturgy (GNSPS) e Gás Brasileiro (GBD), no âmbito de ações administrativas e ações judiciais transitadas em julgado, que tenham por objeto 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), serão integralmente restituídos aos usuários dos serviços de distribuição de gás canalizado, desde que tais valores reflitam em acréscimo patrimonial, excluídos todos os custos e despesas incorridos pelas companhias, além dos descontos concedidos e do inadimplemento</p>

		dos usuários , na forma estabelecida nesta Deliberação.
Art. 3º (...) § 3º O Montante para Aplicação na Parcela de Recuperação será registrado na Conta Gráfica do Gás e transporte, com a rubrica de Conta Restituição ICMS, tanto para os segmentos residencial e comercial, bem como para os demais segmentos, as quais serão publicadas no endereço eletrônico da Arsesp;	Sugestão de alteração, na remota hipótese de manutenção do entendimento pela devolução. É necessária a alteração da previsão de aplicação da parcela de recuperação na conta gráfica do gás e transporte para conta gráfica de tributos, explica-se: a devolução através da conta gráfica de gás e transporte se dá por meio de uma parcela fixa, o que ocasiona um desequilíbrio entre a geração do crédito e sua eventual devolução. Quando realizada através da conta gráfica de tributos mantém-se a proporcionalidade entre a geração e devolução. Ao final, também se sugere a exclusão da menção “aos demais segmentos”, vez que, conforme contribuições acima, a eventual devolução deve se ater aos segmentos residencial e comercial.	Art. 3º (...) § 3º O Montante para Aplicação na Parcela de Recuperação será registrado na Conta Gráfica de Tributos do Gás e transporte , com a rubrica de Conta Restituição ICMS, tanto para os segmentos residencial e comercial, bem como para os demais segmentos, as quais serão publicadas no endereço eletrônico da Arsesp;
Art. 3º (...) § 6º A primeira aplicação da devolução ocorrerá no processo de reajuste, ajuste ou revisão tarifária subsequente à publicação desta Deliberação, sendo os montantes pendentes de devolução apurados ao longo de ciclos de 12 meses, e os saldos disponíveis serão deduzidos dos saldos de conta gráfica do gás e do transporte estabelecida pela Deliberação Arsesp n. 1010/2020.	Sugestão de alteração. É imprescindível destacar - na hipótese que permaneça o entendimento pela devolução dos créditos no formato proposto -, o curto período estabelecido pela ARSESP para fins de devolução da integralidade dos créditos. O período estabelecido é extremamente exíguo e impactará sobremaneira o fluxo de caixa das concessionárias, sugerindo-se o prazo de 05 (cinco) anos.	§ 6º A primeira aplicação da devolução ocorrerá, no prazo de 05 (cinco) anos , no processo de reajuste, ajuste ou revisão tarifária subsequente à publicação desta Deliberação., sendo os montantes pendentes de devolução apurados ao longo de ciclos de 12 meses, e os saldos disponíveis serão deduzidos

		dos saldos de conta gráfica do gás e do transporte estabelecida pela Deliberação Arsesp n. 1010/2020.
<p>§ 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.</p>	<p>Idem fundamento acima. Sugestão de inclusão de novo período e exclusão para adequação do texto.</p>	<p>§ 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 05 (cinco) anos 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.</p>