

AUDIÊNCIA PÚBLICA 06/2022 ARPE

OBJETO: Obter subsídios a respeito das soluções regulatórias que possam ser adotadas para restituição aos usuários dos valores decorrentes da ação judicial que versa sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS incidentes nas operações comerciais realizadas pela Copergás.

A ABRACE, associação setorial que representa um conjunto de indústrias energointensivas que corresponde a aproximadamente 45% do consumo industrial de gás natural no país, na oportunidade que apresenta seus cumprimentos, vem, por meio desta correspondência, apresentar suas contribuições à Audiência Pública nº 06/2022, por meio da qual a ARPE busca obter subsídios a respeito das soluções regulatórias que possam ser adotadas para a restituição aos usuários dos valores decorrentes da ação judicial que versa sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS incidentes nas operações comerciais realizadas pela Copergás.

Conforme registrou a Agência no Regulamento da referida Audiência Pública, nas Demonstrações Financeiras da Copergás, Exercício de 2021, constou o registro do valor de R\$ 173.078.676, montante relativo ao crédito tributário decorrente da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS.

Neste contexto, busca a Agência colher subsídios para a ação regulatória a ser adotada, em especial a respeito dos seguintes itens:

- a) Como devem ser compensados aos consumidores finais de gás canalizado os créditos obtidos pela Copergás?
- b) Em quanto tempo deveria ser concluída essa devolução?
- c) Quais as alternativas para a operacionalização da devolução dos créditos e suas implicações? Solicita-se indicar pontos positivos e negativos de cada alternativa apresentada; e
- d) A quem deve se destinar a devolução desses valores, se na tarifa e, portanto, a todos os usuários; ou proporcionalmente aos segmentos beneficiários dessa decisão?

Antes de respondermos, de forma objetiva, aos questionamentos trazidos pela Agência na Audiência Pública, entendemos importante tecer algumas considerações a respeito da conduta adotada pela concessionária.

Conforme consta da “Nota de Esclarecimento Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS e efeito no Resultado do Exercício de 2021”, mediante aprovação pela 30ª Assembleia Geral Ordinária, a Copergás considerou em seu resultado os créditos relativos à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS. Ou seja, ao que tudo indica, a concessionária pretende se apropriar, a nosso ver, indevidamente, dos créditos tributários.

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 15 de março de 2017, data em que 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, **ressalvados 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.”*

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 tributário aqui discutido. Neste sentido, face às decisões judiciais transitadas em julgado, que estabeleceram que as contribuições ao PIS/Pasep e à Cofins foram

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

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.

Pelas razões apresentadas acima, entendemos que a totalidade dos créditos tributários da Copergás decorrentes da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS deve ser devolvida aos usuários.

Especificamente em relação as perguntas dessa Tomada de Subsídios:

a) Como devem ser compensados aos consumidores finais de gás canalizado os créditos obtidos pela Copergás?

Sugerimos que os créditos tributários apurados pela concessionária sejam repassados através do mecanismo de conta gráfica. A sugestão baseia-se no fato que a maior parcela tarifa (e do crédito auferido) é relativo aos custos com molécula e transporte, o que corrobora para aplicação na conta gráfica, já que esta ferramenta foi elaborada com o objetivo de contabilização das diferenças dos custos com molécula e transporte repassados aos usuários. Desta forma, tal instrumento, que está previsto em regulação da ARPE, mostra-se como a

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_idDocumento=41867&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp

forma mais simples e justa para o repasse dos créditos. A utilização deste instrumento trará simplicidade, redução do esforço regulatório, celeridade, transparência, previsibilidade, modicidade e isonomia ao processo. Ratifica-se, que o repasse via conta gráfica atingiria somente os consumidores cativos. A premissa faz-se crível pelo fato de o crédito a ser apurado ter sido gerado pelos mesmos consumidores que ao longo dos últimos anos eram cativos da distribuidora.

Aproveitamos para salientar a prerrogativa de atualização monetária dos montantes apurados ao longo do tempo. Sugerimos, para esse fim, a utilização da taxa básica de juro do Banco Central – SELIC.

b) Em quanto tempo deveria ser concluída essa devolução?

Na opinião desta Associação os repasses (ou créditos aportados no saldo da Conta Gráfica) devem ocorrer na medida em que a concessionária receba o devido repasse da Receita Federal conforme vir a ser estabelecido posteriormente no âmbito judicial e administrativo. Desta forma, preserva-se o equilíbrio econômico-financeiro da concessão e a modicidade tarifária aos usuários.

c) Quais as alternativas para a operacionalização da devolução dos créditos e suas implicações? Solicita-se indicar pontos positivos e negativos de cada alternativa apresentada

Conforme exposto no item a), entendemos que a utilização da Conta Gráfica é a melhor forma para operacionalizar o repasse dos créditos aos consumidores. Ratifica-se as principais razões:

- i) O saldo da conta gráfica gerará Parcela de Recuperação, componente da tarifa final dos usuários cativos da concessionária. A aplicação dos créditos do PIS/COFINS dará tratamento transparente aos aportes e impactará diretamente na tarifa de todos os consumidores cativos;
- ii) A medida obedece ao preceito de redução do esforço regulatório. Uma outra possibilidade seria verificar o montante de crédito que cada consumidor teria direito, vis a vis os valores pagos ao longo dos anos, no entanto, essa alternativa mostra-se inviável de ser operacionalizada,

visto o grande número de usuários da distribuidora e as diferenças de consumo de cada um ao longo dos anos;

- iii) Outra alternativa seria incorporar o crédito no processo de revisão tarifária da Copergas. Sugerimos não utilizar esta opção. A revisão tarifária define a Margem Bruta de Distribuição, ou seja, versa sobre a parcela da tarifa final que se refere ao serviço de movimentação local de gás. Nessa acepção, e considerando que as parcelas da molécula e transporte representam a maior composição da tarifa final, não seria coerente incluir o crédito de PIS/COFINS no cálculo da margem bruta. Adiciona-se ainda, o fato de existir usuários livres de grande porte como cliente livres (Termope e Rnest). Estes, não teriam, a princípio, direito ao ressarcimento. Ao incluir o tratamento deste tema na revisão tarifária haveria distorções na aplicação do crédito a estes agentes.

d) A quem deve se destinar a devolução desses valores, se na tarifa e, portanto, a todos os usuários; ou proporcionalmente aos segmentos beneficiários dessa decisão?

A todos consumidores cativos da Copergás que arcaram ao longo dos anos com o ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS. Conforme discutido anteriormente, os usuários livres que não participaram na geração do crédito de R\$ 173 milhões não devem ser beneficiados. Reiteramos, dessa forma, que o melhor instrumento seria a conta gráfica.