WILLIAM FREIRE
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Direito da Mineração | Direito Ambiental | Direito Tributário | Contencioso Estratégico | Direito Penal

Mining Law | *Environmental Law* | *Tax Law* | *Dispute Resolution* | *Criminal Law*

Devolução do ICMS na base do PIS/Cofins aos consumidores de energia: *ANEEL abre consulta pública sobre as alternativas*

No dia 09/02/2021, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) anunciou a abertura da Consulta Pública nº 05/2021. A publicação do aviso de abertura da consulta pública ocorreu no Diário Oficial da União, seção 3, nº 28, de 10/02/2021:

> *"Nº 5/2021. Processo: 48500.001747/2020-22. Objeto obter subsídios para o aprimoramento da proposta de devolução dos créditos tributários decorrentes de processos judiciais que versam sobre a exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS da base de cálculo dos Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS. Modalidade: Intercâmbio de documentos. Período para envio: 11/2/2021 a 29/3/2021."*

A Agência pretende discutir a forma de devolução de mais de mais de R$ 50,1 bilhões[1] de créditos tributários decorrentes da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins repassados nas faturas de energia elétrica:

> *"Assunto: Proposta de abertura de Consulta Pública com vistas a regulamentar a devolução aos consumidores dos valores auferidos pelas concessionárias e permissionárias de distribuição de energia elétrica, decorrentes dos processos judiciais que versam sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/PASEP e da Cofins."*

A discussão tem como pano de fundo o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia. Conforme amplamente veiculado na mídia, em 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar o Tema 69 da repercussão geral, fixou a seguinte tese: "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*".

1

Tabela 2: Valor total estimado das ações judiciais

Status	Total – R$
Em andamento	14.685.689.961,82
Trânsito em julgado habilitado	26.468.140.519,79
Trânsito em julgado sem habilitação	7.775.814.961,75
Depósito judicial	1.186.402.359,10
Valor total	**50.116.047.802,46**

Fonte: Consulta Pública ANEEL nº 05/2021.

williamfreire.com.br

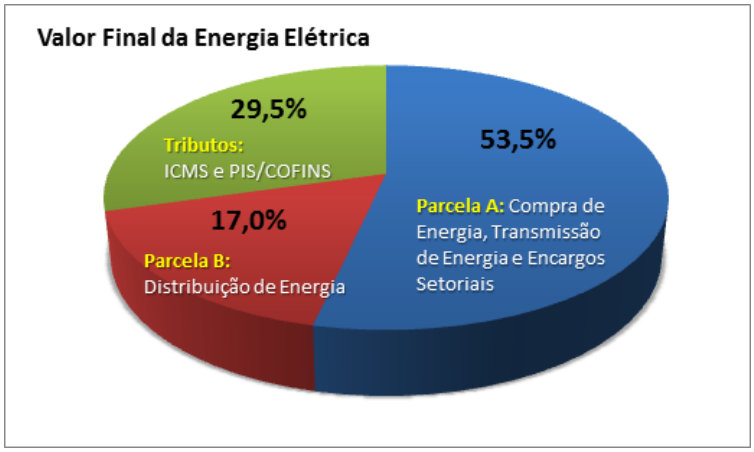
SÃO PAULO - SP
Av. Angélica, 2.491 Conjunto 161
Higienópolis CEP 01227-200
Tel: (11) 3294-6044

BELO HORIZONTE - MG
Rua Paraíba, 476 4º andar
Savassi CEP 30130-141
Tel: (31) 3261 7747

BRASÍLIA - DF
SCN-Q2, bloco A 5º andar
CEP 70712-900
Tel: (61) 3329 6099

Com a publicação do acórdão, a União Federal (Fazenda Nacional) opôs Embargos de Declaração, que tem como objetivo a modulação dos efeitos da decisão, bem como definir se o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições seria o ICMS pago ou destacado em nota fiscal.

Não obstante a pendência do julgamento dos Embargos de Declaração, é certo que a tese fixada pelo STF impacta o setor elétrico. Isso porque, em linhas gerais, a conta de luz é composta pelos custos de fornecimento da energia, encargos setoriais e tributos:



Fonte: ANEEL

Assim, se é indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, por consequência, o imposto estadual também deve ser excluído da base de cálculo das contribuições repassadas nas faturas de energia elétrica:

> Consulta Pública ANEEL nº 5/2021:
> *"Ao longo dos anos, por sua iniciativa, concessionárias e permissionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica ingressaram na justiça visando alteração na base cálculo do PIS/Pasep e da Cofins. As decisões, favoráveis às distribuidoras, passaram a ter seus efeitos a partir do trânsito em julgado, com as providências de compensação tributária, após habilitação dos créditos junto à Receita Federal, ou de levantamentos de depósitos judiciais.*
> *Assim, com o trânsito em julgado de decisões favoráveis aos agentes setoriais de distribuição de energia elétrica, que reconheceu o direito à exclusão do ICMS da composição da base de cálculo para incidência das contribuições sociais ao PIS/Pasep e da Cofins, constitui-se o direito a um crédito tributário decorrente de apurações cobradas a maior no passado. Assim, os valores já recolhidos a maior, devem agora ser restituídos pelo fisco federal."*

williamfreire.com.br

SÃO PAULO - SP
Av. Angélica, 2.491 Conjunto 161
Higienópolis CEP 01227-200
Tel: (11) 3294-6044

BELO HORIZONTE - MG
Rua Paraíba, 476 4º andar
Savassi CEP 30130-141
Tel: (31) 3261 7747

BRASÍLIA - DF
SCN-Q2, bloco A 5º andar
CEP 70712-900
Tel: (61) 3329 6099

Diante deste contexto, a Consulta Pública aberta pela ANEEL tem como objetivo subsidiar a Agência "*na escolha do método mais adequado para operacionalização*" da devolução dos créditos tributários decorrentes do recolhimento a maior das Contribuições ao PIS e à Cofins repassadas nas faturas de energia elétrica.

Para tanto, a Agência precisará definir três aspectos: "*(i) os montantes a serem devolvidos a cada ciclo tarifário, (ii) o tempo necessário para a devolução, (iii) a forma de operacionalização da devolução*".

A ANEEL já vem avaliando alternativas para a operacionalização da devolução. Entre elas, destacam-se:

a. Devolução por meio da redução da receita homologada nos processos tarifários;
b. Devolução por meio da redução na alíquota efetiva de PIS/Pasep e da Cofins;
c. Devolução individualizada (CPF e CNPJ);
d. Desconto na fatura de energia elétrica (devolução por rateio pelo conjunto de consumidores: definição de cota-parte).

Mas a Agência indica, como proposta final, implementar a alternativa do desconto na fatura de energia elétrica, como forma de devolução dos créditos aos consumidores:

> *"A proposta final é que os montantes a serem devolvidos a cada ciclo tarifário (créditos efetivamente aproveitados nos doze meses anteriores com tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, somados a eventuais depósitos judiciais já recebidos pela concessionária/permissionária) serão descontados na fatura de energia elétrica, por meio de seu rateio pelo conjunto de consumidores, sendo definidas cotas-partes de cada um deles a cada ciclo de faturamento, de modo que se considere sua participação no faturamento mensal."*

O Diretor da ANEEL, Efrain Pereira da Cruz, ao se manifestar sobre a proposta final submetida à Consulta Pública, observou que "*montantes totais e anuais a serem devolvidos seriam homologados concomitantemente ao processo tarifário. O rateio, para devolução aos consumidores, ocorrerá à proporção de seu faturamento em relação ao faturamento mensal de todas as unidades consumidoras*".

williamfreire.com.br

SÃO PAULO - SP
Av. Angélica, 2.491 Conjunto 161
Higienópolis CEP 01227-200
Tel: (11) 3294-6044

BELO HORIZONTE - MG
Rua Paraíba, 476 4º andar
Savassi CEP 30130-141
Tel: (31) 3261 7747

BRASÍLIA - DF
SCN-Q2, bloco A 5º andar
CEP 70712-900
Tel: (61) 3329 6099

De acordo com o Diretor, o desconto, por unidade consumidora, seria apresentado na fatura de energia elétrica, em reais, e observaria o seguinte fluxo de devolução:

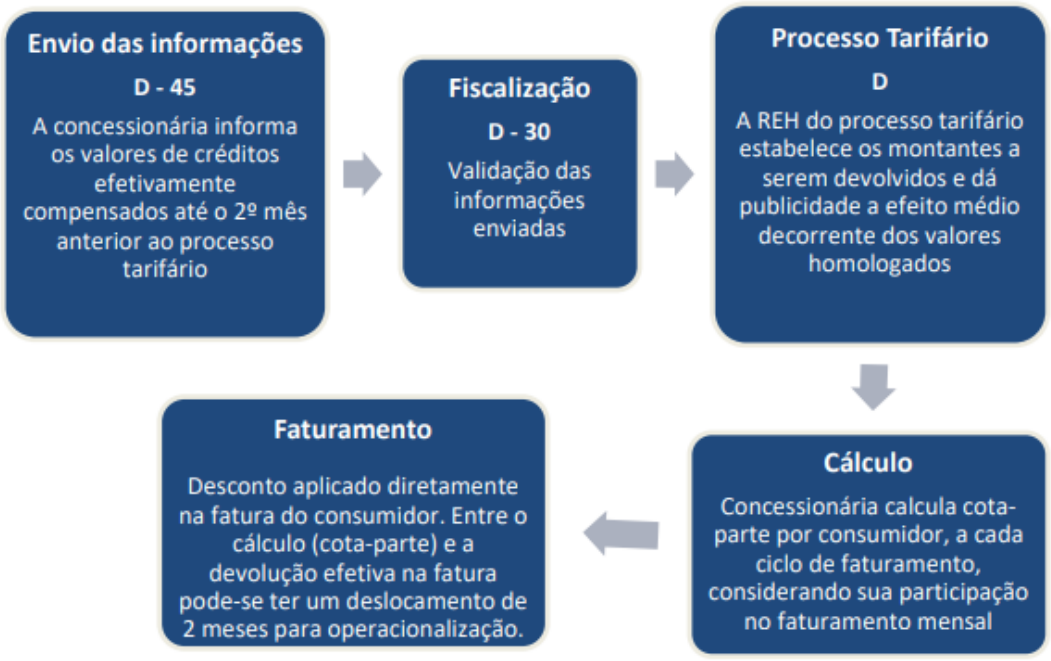


Figura 3: Fluxo do processo de devolução, aos consumidores, dos créditos obtidos judicialmente pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, conforme consta da NT nº 9/2020-SFF/SGT/SRM/SMA/ANEEL, de 19/01/2021.

No entanto, considerando que o consumidor de energia elétrica possui legitimidade ativa para pleitear repetição de indébito tributário (REsp nº 1.299.303/SC, julgado sob o rito dos recursos repetitivos), é juridicamente viável a propositura de ação para que seja garantido o seu direito de excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à Cofins repassados na fatura de energia elétrica e de obter a restituição do que foi pago nos últimos 5 anos.

O Poder Judiciário vem reconhecendo esse direito aos consumidores:

> **Sentença proferida pela 8ª Vara Federal de Campinas/SP - processo nº 5013059-02.2019.4.03.6105:**
> *"Portanto, tem a autora direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS nas contas de energia elétrica que consome, serviço prestado pela CPFL. (...) Diante do exposto, sendo o Supremo Tribunal Federal interprete máximo da Constituição Federal, não cabendo mais discussão sobre a matéria, JULGO O PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO EM FACE DA CPFL (art. 485, VI, do CPC) E JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS, reconhecendo*

williamfreire.com.br
SÃO PAULO - SP
Av. Angélica, 2.491 Conjunto 161
Higienópolis CEP 01227-200
Tel: (11) 3294-6044
BELO HORIZONTE - MG
Rua Paraíba, 476 4º andar
Savassi CEP 30130-141
Tel: (31) 3261 7747
BRASÍLIA - DF
SCN-Q2, bloco A 5º andar
CEP 70712-900
Tel: (61) 3329 6099

indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS na base do PIS e da COFINS. Doravante, a parcela relativa ao ICMS deverá ser desconsiderada para fins de incidência das aludidas contribuições. Defiro a antecipação da tutela para suspender imediatamente a exigibilidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Autorizo a compensação dos valores indevidamente recolhidos pela impetrante e filiais, com outros tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, com atualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado desta sentença, observada a prescrição, tudo na forma da fundamentação. Analiso o mérito (art. 487, I, CPC)."

Decisão liminar proferida pela 15ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Minas Gerais - processo nº 1011339-19.2020.4.01.3800:
"ANTE O EXPOSTO, DEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA para assegurar às Autoras, BOULEVARD HOTEIS LTDA. e IRBA HOTEL EIRELI, excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, incidentes em suas faturas de energia elétrica, determinando, ainda, que a União abstenha-se da prática de quaisquer atos atinentes à cobrança dos valores relativos a estas exações, ou inscrever as Autoras em dívida ativa, até ulterior deliberação desta juíza."

Naturalmente, a restituição direta possibilitada pela via judicial estaria restrita ao prazo prescricional de 5 anos anteriores à propositura da ação. Daí que seja relevante que a ANEEL tenha sinalizado a proposta de devolução dos créditos relativos a todo o período em que o contribuinte foi onerado pela via da redução nas faturas de energia, por se tratar de relação jurídica de consumo.

Recomendamos, portanto, que os contribuintes consumidores de energia elétrica (i) avaliem a propositura de ações individuais, para que lhes seja resguardado, o quanto antes, o direito à restituição, inclusive via compensação, do ICMS incluído indevidamente na base do PIS/Cofins que repercutiu no consumo de energia elétrica dos últimos 5 anos; e (ii) aguardem o desfecho da Consulta Pública nº 05/2021, eventualmente apresentando contribuições, de forma a viabilizar a restituição do sobrepreço tarifário em período além dos 5 anos possíveis em ação judicial própria.

São Paulo, fevereiro de 2021.

Paulo Honório de Castro Júnior
paulo@wfaa.com.br

Enrique de Castro
enrique@wfaa.com.br

williamfreire.com.br

SÃO PAULO - SP
Av. Angélica, 2.491 Conjunto 161
Higienópolis CEP 01227-200
Tel: (11) 3294-6044

BELO HORIZONTE - MG
Rua Paraíba, 476 4º andar
Savassi CEP 30130-141
Tel: (31) 3261 7747

BRASÍLIA - DF
SCN-Q2, bloco A 5º andar
CEP 70712-900
Tel: (61) 3329 6099