

PROCESSO FÍSICO: PADM/CET/0008/2020 (VIPROC 08440189/2020)

PROCESSO ELETRÔNICO: PROC/CET/2490 2021 (VIPROC 02876343/2021)

INTERESSADO: CEGÁS

ASSUNTO: CONSULTA SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS.

RELATOR: CONSELHEIRO JOÃO GABRIEL LAPROVÍTERA ROCHA

R E L A T Ó R I O

Em 28 de fevereiro de 2020, a Coordenadoria Econômico Tarifária da ARCE procedeu com a abertura do Processo em epígrafe em virtude de consulta formulada pela Companhia de Gás do Ceará - Cegás (Carta nº 055/2020 - fls. 04/05), acerca de Ação Judicial Declaratória de Inexistência de Crédito Tributário (Processo Judicial nº 0001538-43.2007.4.05.8100 - 1ª Vara Federal do Ceará) por ela proposta, na qual pleiteou a inconstitucionalidade da incidência do ICMS na base de cálculo das contribuições do PIS/COFINS.

Afirma a Consulente que a Ação foi julgada procedente e que, com a execução da sentença, o magistrado deferiu a expedição de alvará para o levantamento dos depósitos judiciais efetuados pela Cegás no período de fevereiro de 2007 a janeiro de 2020 (decisão fls. 06/12).

A dúvida ensejadora da Consulta ora sob análise cinge-se a qual tratamento deverá ser dado quando do levantamento dos depósitos judiciais, *“uma vez que a partir do mês de fevereiro de 2020, a CEGÁS não está mais recolhendo PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS, e não mais incluindo essa cobrança no cálculo da tarifa”*.

Encaminhados os autos à Procuradoria Jurídica desta Agência Reguladora, esta exarou Parecer (PR/PRJ/0206/2020 - fls. 16/18), cuja conclusão se transcreve a seguir, *in verbis*:

“Pelo exposto, opina-se pela necessidade de (i) o Presidente do Conselho Diretor da Arce oficial a Companhia de Gás do Ceará - Cegás, solicitando planilha analítica dos valores tributários restituídos no período de fevereiro de 2007 a janeiro de 2020, bem como de (ii) que a Coordenadoria Econômico-Tarifária realize profunda análise destes valores e do impacto nas receitas e despesas da Concessionária

e seu respectivo reflexo no cálculo tarifário, devendo então proceder ou não à revisão tarifária.”

Por sua vez, instada a se manifestar, a Coordenadoria Econômico-Tarifária exarou parecer (PR/CET/0009/2020 - fls. 19/21), no qual concluiu:

“Diante do exposto, a Coordenadoria Econômico-tarifária considera que inexistem consequências no cálculo da margem bruta regulada pela Arce, visto que o cálculo tarifário realiza-se de forma ex-impuestos de qualquer natureza ad-valorem. Assim, considera-se que inexistem necessidade de revisão/reajuste da margem bruta conforme proposto pela Procuradoria Jurídica da Arce, no item ii, do parecer PR/PRJ/0206/2020.”

Em 16 de outubro de 2020, este Relator exarou o despacho FD/CDR/0236/2020 (fls. 24/25), no qual determinou o seguinte:

*“**CONSIDERANDO** o teor dos Pareceres PR/PRJ/0206/2020 (fls. 16/18) e PR/CET/0009/2020 (fls. 19/21), os quais, em análise perfunctória, seriam diametralmente opostos.*

***CONSIDERANDO** a necessidade de se obter maiores subsídios que embasem um posicionamento por parte desta Relatoria.*

***CONSIDERANDO** ainda a constante busca e o compromisso pela excelência nos julgamentos.*

***DETERMINO** o encaminhamento dos autos ao Presidente do Conselho Diretor da Arce para que este oficie a Companhia de Gás do Ceará - Cegás, solicitando os seguintes esclarecimentos:*

Que a Cegás informe a esta Agência Reguladora se já houve levantamento dos depósitos judiciais. Em caso positivo, que seja encaminhada a esta Agência cópia do alvará judicial e do comprovante de levantamento, com a informação precisa acerca do valor levantado e em qual rubrica contábil esse ingresso foi registrado internamente pela Cegás;

Que a Cegás informe a esta Agência Reguladora como foi feita a contabilização dessa baixa dos depósitos judiciais que vinham sendo realizados no bojo da Ação Judicial em questão.

Informar se, quando da comercialização do produto pela Cegás, o valor de Pí/Cofins a maior vinha sendo depositado em juízo foi repassado como custo no preço da mercadoria entregue ao consumidor final.”

Em 30 de outubro de 2020, a CEGÁS respondeu aos questionamentos desta agência Reguladora via documento CEGÁS PR n° 207/2020 (fls. 28/32), nos seguintes termos, *in verbis*:

Que a Cegás informe a esta Agência Reguladora se já houve levantamento dos depósitos judiciais. Em caso positivo, que seja encaminhada a esta Agência cópia do alvará judicial e do comprovante de levantamento, com a informação precisa acerca do valor levantado e em qual rubrica contábil esse ingresso foi registrado internamente pela Cegás:

Manifestação CEGÁS: *Informamos que não houve levantamento dos depósitos judiciais, em razão da decisão proferida no processo n° 0802844-91.2019.4.05.8100, em primeira instância, que condicionou o levantamento dos valores à preclusão da matéria.*

Que a Cegás informe a esta Agência Reguladora com foi feita a contabilização dessa baixa dos depósitos judiciais que vinham sendo realizados no bojo da Ação Judicial em questão.

Manifestação CEGÁS: *Tendo em vista que não houve levantamento dos depósitos judiciais, informamos que não houve contabilização da baixa, estando os montantes referentes aos depósitos judiciais (contas de ativo) e provisões para contingência (contas de passivo) registrados pelos seus valores principais (sem atualização monetária) nas rubricas.*

Informar se, quando da comercialização do produto pela Cegás, o valor de Pí/Cofins a maior vinha sendo depositado em juízo foi repassado como custo no preço da mercadoria entregue ao consumidor final.

Manifestação CEGÁS: *Considerando as naturezas tributárias do PIS e da Cofins definidas no art. 1° da Lei n° 10.637/2002 e no art. 1° da*

Lei nº 10.833/2003, respectivamente, informamos que as citadas contribuições incidem sobre o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Em **23 de novembro de 2020**, após os autos retornarem com a manifestação da Cegás, esta Relatoria determinou, via despacho FD/CDR/0253/2020 (fls. 33), um novo encaminhamento dos autos à Coordenadoria Econômico Tarifária da Arce e à Procuradoria Jurídica para manifestação.

Em **11 de fevereiro de 2021**, a CET solicita informações complementares à Cegás, via ofício OF/CET/004/2021 (fls. 34), tendo a Concessionária respondido aos questionamentos da área técnica na data de **26 de março de 2021**, via documento CEGÁS DAF nº 004/2021 (fls. 36/46).

Em 12 de agosto de 2021, a CET, após minuciosa análise dos autos e dos documentos que o instruem, exarou o relatório RL/CET/007/2021 (fls. 47/55), do qual destacamos os pontos mais relevantes abaixo:

“No que se refere em específico à formação do preço do serviço de gás canalizado explorado pela Cegás, genericamente falando, é composta por duas parcelas: uma parcela calculada pela Arce nos termos do contrato de concessão, denominada Margem Bruta *ex tributo*; e outra calculada pela Cegás, na qual são imputados o custo de aquisição do gás natural e os tributos devidos, inclusive o PIS/COFINS.

Sendo assim, a soma das parcelas acima citadas comporá o valor da tarifa do serviço de gás canalizado a ser praticado no mercado pela Cegás, e a conseqüente geração da sua receita contábil, conforme demonstrado na figura a seguir.

$$\left[\begin{array}{l} \text{- ARCE: Margem Bruta;} \\ (+) \\ \text{- CEGÁS: Custo de aquisição do gás + ICMS-ST} \\ \text{+ ICMS normal + PIS/COFINS *} \end{array} \right] = \left[\begin{array}{l} \text{Tarifa do Serviço} \\ \text{(R\$)} \end{array} \right] = \left[\begin{array}{l} \text{Receita Bruta} \\ \text{(R\$)} \end{array} \right]$$

* A base de cálculo do PIS/COFINS que compõe a tarifa inclui todos os custos e despesas legalmente permitidos, inclusive a Margem Bruta.

[...]

Sob os aspectos contábeis e econômicos, uma decisão judicial que tenha como resultado a não incidência do PIS/COFINS sobre o ICMS-ST, ocasionaria uma redução da obrigação tributária a pagar; sendo assim, em contrapartida, a imputação dos referidos tributos na tarifa de comercialização do serviço de gás natural canalizado não mais encontraria justificativa contábil ou econômica; e caso se proceda de modo adverso, estaria configurada a obtenção de uma receita sem causa, em prejuízo ao mercado consumidor.

Frente ao exposto, e uma vez que o valor do PIS/COFINS cobrado no preço de venda do gás canalizado constitui um encargo financeiro custeado de fato pelos consumidores finais, quer seja de forma direta ou indireta quando repassado no preço de outros produtos ou serviços em que o gás canalizado foi usado como insumo, entendemos que se faz necessária a compensação ou devolução, em benefício do mercado consumidor de gás natural, dos valores cobrados referente à parcela de PIS/COFINS incidente sobre o ICMS-ST considerada como não procedente no julgamento da ação judicial impetrada.

[...]

A comercialização de gás natural pela concessionária evidencia que os encargos tributários de PIS/COFINS são repassados de forma direta aos seus clientes; e na eventualidade destes clientes utilizarem o gás natural como insumo para produção de outros bens ou serviços, os valores e encargos aqui envolvidos serão suportados pelos consumidores finais quando da aquisição destes bens ou serviços.”

Em 27 de agosto de 2021, a procuradoria jurídica da ARCE exarou parecer PR/PRJ0111/2021, no qual assim concluiu:

“Com efeito, infere-se dos autos que a dúvida posta pela GET envolvendo as medidas de compensação dos valores de PIS/COFINS, com a consequente não inclusão do ICMS-ST na base de cálculo daquelas contribuições, reflete em matéria tributária no âmbito estadual. Noutros termos, analisar os aspectos de cálculo, não incidência e medidas compensatórias do ICMS (tributo estadual) é de competência da PGE/CE (art. 8º, II, art. 24, III, Lei Complementar nº 58/2006). Por fim, uma vez consolidadas e definidas tais medidas e procedimentos pela PGE/CE, entendemos que a GET terá condições de obter o efetivo equacionamento da situação em análise, de modo a

solucionar o problema do prejuízo ao mercado consumidor de gás natural no Estado do Ceará.”

Por fim, em 12 de janeiro de 2022, a Cegás manifesta-se via documento CEGÁS PR nº 002/2022 (fls. 59/60), informando que a Ação Judicial na qual litigava contra a União e que gerou a presente consulta transitou em julgado, tendo sido determinado pelo Juízo da 1ª Vara Federal do Ceará que a Caixa Econômica Federal, instituição que detinha os depósitos judiciais, procede-se com a transferência dos valores às contas da Concessionária.

É o que importava relatar.

V O T O

Quanto à competência da Arce, é imperioso destacar que a cláusula primeira do Termo Aditivo ao Contrato de Concessão para Exploração Industrial, Comercial, Institucional e Residencial dos Serviços de Gás Canalizado no Estado do Ceará, de 01 de março de 2004, atribuiu à ARCE as obrigações do Poder Concedente previstas nos itens 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.6, e 4.9, da cláusula quarta do Contrato de Concessão.

Destaca-se, ainda, que, em 11 de janeiro de 2022, iniciou-se a vigência da Lei Estadual nº 17.897/2022, a qual, em seu art. 2º, assim definiu:

“Art. 2º O Estado do Ceará exercerá a regulação, a fiscalização e o controle dos serviços locais de gás canalizado no Estado do Ceará, por meio da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – Arce.”

Destaco ainda que a Arce possui, dentre as suas atribuições, promover e zelar pela eficiência econômica e técnica dos serviços públicos, além de propiciar aos usuários as condições de regularidade, continuidade, segurança, atualidade e universalidade. Assim, não nos resta dúvidas quanto à competência desta Agência Reguladora para processar e julgar a presente consulta.

Superadas as questões quanto à competência, verifico que o objeto desta deliberação reside na consulta perpetrada pela Concessionária Cegás quanto ao tratamento que deve ser dado aos valores depositados judicialmente em virtude de Ação Judicial Declaratória de Inexistência de Crédito Tributário (Processo Judicial nº 0001538-43.2007.4.05.8100 - 1ª Vara Federal do Ceará), a qual foi julgada procedente, reconhecendo a inconstitucionalidade da incidência do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS.

Merece destaque ainda que, à época do protocolo da presente consulta, os valores encontravam-se depositados judicialmente, porém, conforme informado pela Concessionária em **12 de janeiro de 2022**, esses valores já se encontram em seu caixa.

Como relatado alhures, a área técnica competente, ao analisar os autos, foi assertiva em afirmar que *“tendo a ação judicial em análise sido julgada procedente pela não incidência de ICMS sobre o PIS/COFINS, entendemos que o montante dos recursos depositados judicialmente não deverão ser incorporados ao patrimônio da Cegás, e que o tratamento diferente resultaria em prejuízo ao mercado consumidor”*.

Assim, é inconteste a esta Relatoria a relevância do tema, que possui caráter regulatório e que pode impactar interesses tanto de entidades reguladas como consumidores e usuários do serviço público de gás canalizado.

Fixadas essas premissas, entende-se adequada a proposição de abertura de procedimento de tomada de subsídios via Audiência Pública, como instrumento de auxílio na busca da solução regulatória à consulta ora em baila, situação prevista no art. 4º da Resolução Arce nº 151/2011.

Art. 4º A Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE realizará, a critério do Conselho Diretor, audiências públicas, sempre mediante intercâmbio documental, admitindo-se concomitantemente a forma presencial, para tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

A Tomada de Subsídio via Audiência Pública faz parte da rotina administrativa das agências reguladoras nacionais, em especial das federais.

Sua configuração representa mecanismo que possibilita a participação social durante as fases preliminares do processo regulatório, de forma similar ao da Consulta Pública, com a diferença de que nesta já há uma proposta de solução previamente escolhida para considerações da sociedade. Na tomada de subsídios, por sua vez, há a coleta de dados, opiniões, percepções e sugestões antes mesmo da proposição de minuta pelo ente regulador.

Propõe-se, ainda, que seja adotado o seguinte procedimento: I) a necessidade de publicação do aviso de abertura no Diário Oficial do Estado e no sítio da Arce na Internet; II) duração de 30 (trinta) dias corridos, iniciando-se em **13 de junho de 2022 e findando-se em 12 de julho de 2022**; III) deverão ser disponibilizadas todas as informações técnicas produzidas nestes autos; IV) as sugestões encaminhadas pelos interessados deverão ser disponibilizadas na Internet em até 5 (cinco) dias úteis após o término do prazo.

É como voto.

Fortaleza, 01 de junho de 2022.

João Gabriel Laprovítera Rocha
Conselheiro Relator