

A exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins e seus reflexos no setor elétrico⁽¹⁾

Carlos Augusto Tortoro Júnior
Danilo Vicari Crastelo
Paola Andrade

Há três anos, o STF julgou com repercussão geral uma das mais relevantes discussões tributárias dos últimos tempos, firmando o entendimento de que o ICMS, por ser receita do ente estatal e apenas transitar pelos cofres do contribuinte, não deve ser incluído na base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS.

Ainda que o processo (RE nº 574.706/PR – Tema 69) não tenha transitado em julgado, restando pendente a apreciação de embargos de declaração opostos pela PGFN com o fim de elucidar alguns parâmetros da decisão e modular seus efeitos, é incontroverso que, a partir dele, algumas modificações na carga tributária das empresas ocorrerão e o setor elétrico também será substancialmente influenciado.

Após ser procurada por diversas distribuidoras de energia para discutir sobre a questão tributária gerada pela decisão, a ANEEL, através da Tomada de Subsídios nº 005/2020, oportunizou um espaço para essas companhias enviarem suas opiniões a fim de contribuir com a formulação de uma manifestação padronizada da agência reguladora, que se baseará nas premissas de (i) como devolver ao contribuinte os créditos por elas obtidos; (ii) qual o prazo de conclusão desta devolução e (iii) como dar reconhecimento àquelas que demandaram judicialmente em prol do consumidor.

O impacto no setor elétrico é certo, pois conforme disciplina a legislação, o valor da energia que chega aos consumidores é composto pelo custo da sua geração e do transporte até os respectivos estabelecimentos, acrescido, ainda, dos encargos e tributos inerentes a esta operação.

Em outras palavras, na conta de energia elétrica que todo consumidor recebe mensalmente há inequívoca incidência de ICMS, PIS e COFINS englobados em seu preço final, sendo esta uma previsão legal com o intuito de assegurar o equilíbrio econômico-financeiro e as condições do edital de licitação das companhias distribuidoras, a fim de que possam obter sempre os recursos necessários para cobrir seus custos de operação, bem como possibilitar àqueles que consomem a energia uma prestação contínua e com qualidade.

A partir do momento que se exclui uma parcela antes computada na base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS (no caso, o ICMS), inevitavelmente se reduz o montante final dos tributos englobados na tarifa de energia elétrica, e, conseqüentemente, a conta chegará um pouco mais barata ao consumidor final, que é o contribuinte de fato dessas exações.

Neste ponto, importante demonstrar a diferença entre os conceitos de “contribuinte de direito e contribuinte de fato” nos chamados tributos indiretos, pois quem expressamente consta na letra da lei como sujeito passivo da obrigação tributária é o chamado “contribuinte de direito”, aquele que calcula o montante e o recolhe ao Fisco, ou seja, é quem tem legitimidade para ingressar em juízo com o intuito de discutir ou demandar uma solução do Poder Judiciário.

Os contribuintes de fato, como exemplo, os consumidores de energia elétrica, apesar de não figurarem como sujeitos passivos na norma e não serem eles que diretamente pagam o tributo aos órgãos fazendários, em definitivo são os que sofrem o impacto econômico da exação no preço do produto que consomem.

Com a decisão do STF excluindo o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, nada mais coerente e justo que os valores anteriormente pagos a mais à título dessas contribuições voltem aos bolsos de quem efetivamente bancou o preço da tarifa de energia elétrica inadequadamente majorada pela interpretação inconstitucional feita pelo Fisco, ou seja, os contribuintes.

Por outro lado, as distribuidoras de energia elétrica que, de forma ativa e diligente, litigaram por anos perante o Poder Judiciário com o fim de ver a base de cálculo dessas contribuições readequadas, excluindo-se o imposto estadual, merecem que a ANEEL as garanta um bônus ou prêmio como medida de incentivo por terem se arriscado a demandar sobre a questão, tal como preconiza a lei que disciplina o regime de concessões de serviços públicos de energia elétrica.

Com a decisão da Corte Suprema à favor do contribuinte, justo se afigura o ganho de ambos os lados: primeiramente, aos consumidores, que verão suas contas de energia elétrica diminuídas, sendo que, para aqueles que estão localizados nas áreas de concessão de companhias distribuidoras que ingressaram com ações dessa natureza, seja implementada uma forma segura e técnica, respeitando os prazos prescricionais, de se devolver o indébito apurado. Para as distribuidoras, uma bonificação adequada a fim de as incentivar sempre a implementarem políticas de boas práticas e a investirem em atitudes que beneficiem seus clientes.

Em relação aos consumidores que são atendidos por companhias que não demandaram em juízo sobre a questão, não há o que se falar em restituição de valores, porém, estes também serão posteriormente beneficiados pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS a partir do trânsito em julgado do recurso no STF.

Defender o ressarcimento deste indébito ao consumidor final e a bonificação às diligentes companhias distribuidoras é prática coerente que deve ser adotada pela ANEEL com o intuito de resguardar toda a cadeia de consumo de energia elétrica, que tanto contribui para o desenvolvimento econômico brasileiro.

Carlos Augusto Tortoro Júnior, Danilo Vicari Crastelo e Paola Andrade, sócios e advogada do Tortoro, Madureira & Ragazzi

(1) Artigo publicado na O Estado de São Paulo. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-exclusao-do-icms-da-base-de-calculo-do-pis-e-da-cofins-e-seus-reflexos-no-setor-eletrico-brasileiro/>. Acesso em 11 de setembro de 2020.