



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Legalidade do repasse das contribuições ao PIS e a COFINS realizado pelas concessionárias de serviço público- energia elétrica.

Caroline Coutinho Portes

Rio de Janeiro
2014

CAROLINE COUTINHO PORTES

A Legalidade do repasse das contribuições ao PIS e a COFINS realizado pelas concessionárias de serviço público- energia elétrica.

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Artur Gomes
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

A LEGALIDADE DO REPASSE DAS CONTRIBUIÇÕES AOS PIS E A COFINS REALIZADO PELAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO- ENERGIA ELÉTRICA

Caroline Coutinho Portes

Graduada em Direito pela Universidade IBMEC.
Advogada. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro- EMERJ

Resumo: O presente trabalho visa esclarecer os aspectos que envolvem o procedimento de repasse das contribuições ao PIS e a COFINS nas tarifas de energia elétrica cobradas pelas empresas concessionárias, após a alteração da sistemática de recolhimento das referidas contribuições sociais.

Palavras-chave: Direito Tributário. Concessão de Serviço Público. Contribuição ao PIS e COFINS. Consumidores.

Sumário: Introdução. 1. As contribuições ao PIS e a COFINS. 1.1 Fato Gerador, Base de Cálculo e Sujeito. 1.2 Contribuinte de fato e de direito. 2. O repasse das contribuições ao PIS e a COFINS realizado pelas concessionárias de serviço público. 3. Principais argumentos utilizados pelas concessionárias de energia elétrica. 4. Precedentes Jurisprudenciais sobre a matéria. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Trata-se de discussão que decorre do atual sistema capitalista de produção. Não é novidade que no desenvolvimento das atividades econômicas há um elemento comum a todas elas, qual seja, o objetivo de que a atividade seja sempre lucrativa.

Cumpre lembrar que, para que tal objetivo seja alcançado, o valor da contraprestação sempre deverá ser maior do que o valor necessário ao desenvolvimento da atividade.

Vale lembrar que, por custos, pode-se citar: salários, equipamentos, gastos preventivos, provisões, e especificamente aqueles que serão discutidos no presente estudo: os custos tributários.

Portanto, certo é que o Brasil, por ser um país com uma dimensão inacreditável, não tem um poder público administrativo que consiga dar conta de toda demanda emanada de sua enorme população, aos serviços essenciais à sociedade, motivo pelo qual este necessita cada vez mais do apoio das empresas privadas com a finalidade única de suprir a deficiência da administração pública brasileira, chamadas de “Empresas Privadas Concessionárias de Serviço Público.”

Outrossim, deve ser levado em consideração que, apesar de se tratar de serviço essencial à população, este é exercido por concessionárias privadas, que, por óbvio, buscam o lucro na atividade, sendo assim o valor dos custos tributários deverá ser levado em conta no valor da contraprestação do serviço. Chama-se de repercussão econômica da atividade desenvolvida.

Como se sabe, as concessionárias de serviço público estão sujeitas ao recolhimento da contribuição ao PIS e a COFINS, cuja forma de cobrança está prevista atualmente nas Leis nos 10.637/2002 e 10.833/2003.

Assim, apesar de ser nítido que as concessionárias deverão recolher essas contribuições ao Erário, também é certo que tais valores deverão ser incluídos no valor da contraprestação pelo serviço de distribuição.

A controvérsia que vem sendo gerada no âmbito jurídico diz respeito à forma pela qual tais valores devem ser incluídos no montante total da contraprestação devida às concessionárias.

Dessa forma, uma vez feito tais esclarecimentos, a questão a ser dirimida é a seguinte: a inclusão dos custos da contribuição ao PIS e da COFINS nas faturas encontra-se

em consonância com a legislação que rege a matéria, ou trata-se de mais um ato arbitrário das grandes empresas privadas para onerar o consumidor e driblar os princípios constitucionais tributários?

1. AS CONTRIBUIÇÕES AO PIS E A COFINS

Inicialmente, cumpre lembrar que foi através da Constituição de 1967 que teve origem o Programa de Integração Social – PIS e o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP. Tal constituição assegurava aos trabalhadores a integração na vida e no desenvolvimento das empresas em que trabalhavam.

As referidas contribuições foram formalmente instituídas através da edição das Leis Complementares n^{os} 7 e 8 de 1970.¹ O objetivo principal da criação das referidas contribuições era criar uma “poupança” individual para cada trabalhador, para que este pudesse utilizá-la nos casos previstos em lei, que seria controlada e administrada pela Caixa Econômica Federal – CEF e pelo Banco do Brasil.

O Governo Federal dividia com as Empresas que tivessem lucro o ônus de contribuir para o PIS da seguinte forma:

UNIÃO FEDERAL	PESSOA JURÍDICA
Destina parte do Imposto de Renda arrecadado das Empresas que auferirem lucro.	Destina a parcela de recursos próprios (PIS-DEDUÇÃO), que era calculada através de percentuais aplicados sobre o faturamento dessas Empresas.

¹ BRASIL, Lei Complementar n^o7 de 07 de setembro de 1970- Institui o Programa de Integração Social, e dá outras providências; e Lei Complementar n^o8 de 03 de dezembro de 1970- Institui o Programa de Formação do patrimônio do Servidor Público, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp07.htm Acesso em 05 Abr.2014.

Entende-se por faturamento, de forma genérica, a receita obtida com vendas de mercadorias e serviços.

Dessa forma, as demais empresas que não realizavam vendas de mercadorias, como por exemplo as instituições financeiras e sociedades seguradoras, tinham que utilizar como pagamento uma “parcela própria” do PIS com o mesmo valor da parcela retirada do Imposto de Renda devido. Tal parcela ficou conhecida como PIS-REPIQUE, uma vez que para chegar ao seu valor bastava repetir o valor do PIS-DEDUÇÃO.

Diferentemente do PIS, as contribuições para o PASEP eram realizadas pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e pelas suas Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações e o pagamento era feito através de percentuais específicos de cada ente federativo.

Diante do exposto, pode-se chegar à conclusão de que foi boa a intenção do legislador ao instituir as referidas contribuições e que estas tiveram seus méritos. De fato, o escopo principal era oferecer mais segurança ao trabalhador, de forma que este conseguisse ter condições para comprar sua casa própria; ter um Fundo para ser utilizado quando este se aposentasse; incentivar a constituição de famílias (uma das permissões de saque integral dos recursos guardados era para o casamento); e motivar a permanência desses trabalhadores no seu respectivo emprego, já que metade dos fundos pertencia aos empregados que completassem cinco anos nas empresas.

Entretanto, apesar do legislador ter sido bem-intencionado, tal sistemática foi aos poucos perdendo a sua eficácia, uma vez que a operacionalização almejada se apresentava complexa na prática, e os recursos que eram de responsabilidade do governo começaram a fazer falta no montante do orçamento federal.

Estando fadada ao insucesso, a melhor saída foi adaptar gradualmente a legislação que regula o PIS/PASEP para tentar tornar a sistemática utilizável. Ocorre que, após tanta modificação esta já se encontra bem diferente da sua versão original.

Ora, o governo continuava aplicando recursos no Fundo do PIS/PASEP, através da parcela do PIS-DEDUÇÃO, mas a sua destinação atendia principalmente a política de desenvolvimento econômico, que era realizada através do antigo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE.

Sendo assim, pode-se perceber nitidamente que a finalidade principal das referidas contribuições restou desvirtuada, gerando certo descontentamento das empresas contribuintes.

As principais alterações foram ainda mais significativas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, quais sejam:

O PIS/PASEP deixou de ter natureza de “Contribuição Parafiscal”, uma vez que os recursos que antes eram aplicados nas contas individuais dos trabalhadores, passaram a ser direcionados ao pagamento do seguro-desemprego, que consiste em uma remuneração provisória (em torno de seis meses), adquirindo natureza de “contribuição social”;

O direito adquirido de quem já possuía conta individual no PIS/PASEP foi mantido, recebendo anualmente o equivalente aos juros sobre o saldo e podendo utilizar este saldo em sua aposentadoria. A partir da Constituição de 1988 as contas não mais receberam depósitos;

O trabalhador que ingressou no mercado a partir da Constituição de 1988 não tem mais direito aos juros anuais, uma vez que a respectiva conta não mais recebe depósitos regulares; e

O empregado com carteira assinada e salário mensal de até dois salários mínimos tem direito anualmente a um abono, no valor de um salário mínimo.

O que ocorreu foi uma completa alteração da sistemática, em decorrência das alterações das normas tributárias acima mencionadas, e nesse novo formato a contribuição do

governo para o PIS, que era feita através do PIS-DEDUÇÃO, deixava definitivamente de existir, permanecendo apenas a contribuição das empresas públicas e privadas.

O descontentamento das empresas contribuintes aumentou com a edição da Lei 9.718/99², isto porque esta modificou o conceito de faturamento, definindo-o como correspondente à receita bruta, incidindo o PIS/PASEP agora sobre todas as receitas obtidas pela pessoa jurídica.

Além disso, em 30 de dezembro de 2002, com a edição da Lei nº 10.637³ foi instituída a sistemática não-cumulativa no recolhimento e apuração da contribuição ao PIS, tendo a alíquota da contribuição sido majorada de 0,65% para 1,65%, para fatos geradores ocorridos a partir de dezembro de 2002.

Mais significativa do que a simples alteração/majoração das alíquotas das contribuições foi a alteração da sistemática de apuração da contribuição ao PIS e da COFINS que deixou de ser cumulativa para ser não-cumulativa, com a possibilidade de aproveitamento (dedução) de créditos relativos às operações anteriores.

Com efeito, o ônus financeiro efetivo dos contribuintes sujeitos à sistemática não-cumulativa passou a ser variável, a depender do montante passível de compensação (créditos) apurado em cada período. Ou seja, diversas empresas poderiam ter, cada uma, um percentual diverso de alíquota efetiva da contribuição ao PIS e da COFINS.

- COFINS

Muito semelhante ao PIS/PASEP, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS foi criada em 1991 com o objetivo de tributar o faturamento mensal das empresas.

Tal contribuição era originalmente muito semelhante ao FINSOCIAL, mas teve o seu objeto principal também alterado, em 29 de dezembro de 2003, com a edição da Lei nº 10.833

² BRASIL, Lei nº 9.718 de 27 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/Ant2001/lei971898.htm>. Acesso em: 15 Abr. 2014.

³ BRASIL, Lei 10.637 de 30 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/2002/lei10637.htm>. Acesso em: 15 Abr. 2014.

de 2003⁴, que estendeu à COFINS a mesma modificação do PIS/PASEP, majorando a sua alíquota de 3% para 7,6%, para fatos geradores ocorridos a partir de fevereiro de 2004.

Assim como acontece com o PIS/PASEP, a COFINS tem cobrança diferenciada em alguns setores da atividade econômica, como instituições financeiras, seguradoras, operadoras de plano de saúde, petróleo, bebidas, dentre outros.

1.1. FATO GERADOR, SUJEITO PASSIVO E BASE DE CÁLCULO

De acordo com o artigo 114 do Código Tributário Nacional⁵, o “fato gerador” da obrigação tributária principal seria a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

No caso da contribuição ao Programa de Integração Social – PIS seu fato gerador está previsto no artigo 1º da Lei nº 10.637/02:

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.⁶

Já em relação à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, seu fato gerador se encontra previsto no artigo 1º da Lei nº 10.833/03:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.⁷

- Sujeito Passivo

⁴ Brasil, Lei nº 10833 de 29 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/2003/lei10833.htm>. Acesso em: 15 Abr 2014.

⁵ BRASIL, Lei nº 5172 de 25 de dezembro de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 20 Abr.2014.

⁶ BRASIL, Lei nº 10637 de 30 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/2002/lei10637.htm>. Acesso em: 20 Abr. 2014.

⁷ BRASIL, Lei nº 10.833 de 29 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/2003/lei10833.htm>. Acesso em: 20 Abr. 2014

Conforme preceitua Luciano Amaro: “Sujeito Passivo é o devedor da obrigação tributária, ou seja, é a pessoa que tem o dever de prestar, ao credor ou sujeito ativo, o objeto da obrigação”.⁸

A denominação do sujeito passivo das contribuições referidas acima, está prevista no artigo 2º da Lei 9.718/98:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.⁹

- Base de Cálculo

De acordo com o artigo 2º supramencionado, tais contribuições serão calculadas com base no faturamento das empresas.

1.2. CONTRIBUINTE DE FATO E DE DIREITO

Ao qualificar a denominação de “sujeito passivo” de uma obrigação tributária principal, o Código Tributário Nacional não restringiu tal função apenas ao devedor do tributo propriamente dito, mas também a pessoa que estará obrigada ao efetivo pagamento deste. Esta lógica decorre da classificação dos impostos em “diretos” ou “indiretos”

2. O REPASSE DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS E A COFINS REALIZADO PELAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO

No que tange ao “repasso” propriamente dito, o ponto crucial é que, em síntese, a receita das Concessionárias é dividida em duas parcelas: a Parcela A, correspondente às cotas

⁸ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 13.ed.São Paulo: Saraiva, 2007,p .297.

⁹ BRASIL, Lei nº 9.718 de 27 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/Ant2001/lei971898.htm>. Acesso em: 20 Abr. 2014.

compulsórias inerentes ao desenvolvimento da distribuição de energia elétrica; e a Parcela B, correspondente à receita remanescente da Concessionária, com a exclusão do ICMS.

Antes das Leis 10.637/2002, 10.833/2003 e 10.865/2004, os valores relativos à contribuição ao PIS e à COFINS, que, até então se sujeitavam ao regime cumulativo, sempre estiveram incluídos na tarifa de energia elétrica, especificamente na Parcela B, como forma de repercussão econômica inerente à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

De fato, em qualquer atividade econômica os custos referentes aos tributos sempre serão incluídos no preço do serviço prestado, caso contrário, não haverá lucro e a atividade perderá totalmente seu objetivo.

Portanto, os contratos de concessão firmados com as Concessionárias, para manter o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, preveem o reajuste anual da tarifa, repita-se, com a inclusão dos valores da contribuição ao PIS e da COFINS, na Parcela B supramencionada, uma vez que o único tributo excluído da Parcela B era o ICMS.

Ocorre que, em 30 de dezembro de 2002, com a edição da Lei nº 10.637, foi instituída a sistemática não-cumulativa no recolhimento e apuração da contribuição ao PIS, tendo a alíquota da contribuição sido majorada de 0,65% para 1,65%, para fatos geradores ocorridos a partir de dezembro de 2002.

No mesmo sentido, em 29 de dezembro de 2003, com a edição da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, tal sistemática de apuração foi estendida à COFINS, que teve a sua alíquota majorada de 3% para 7,6%, para fatos geradores ocorridos a partir de fevereiro de 2004.

Ou seja, a soma das novas alíquotas da contribuição ao PIS e da COFINS passou de 3,65% para 9,25%.

Mais significativa do que a simples alteração/majoração das alíquotas das contribuições foi a alteração da sistemática de apuração da contribuição ao PIS e da COFINS que deixou de ser cumulativa para ser não-cumulativa, com a possibilidade de aproveitamento (dedução) de créditos relativos às operações anteriores.

Por exemplo, se certa Concessionária apura que, em determinado período, o débito de PIS e COFINS (correspondente à aplicação da alíquota total de 9,25% sobre a receita bruta do período) atinge o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mas se no mesmo período os créditos (calculados pela aplicação do percentual de 9,25% sobre as despesas creditáveis) atingem o montante de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a Concessionária só recolherá a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais). A conta sempre será variável, a depender dos créditos que a Concessionária possuir para compensação com o valor do débito. Ou seja, a alíquota efetiva do PIS e da COFINS para cada concessionária dependerá do valor de despesas creditáveis no mês.

Com efeito, o ônus financeiro efetivo dos contribuintes sujeitos à sistemática não-cumulativa passou a ser variável, a depender do montante passível de compensação (créditos) apurado em cada período. Ou seja, as diversas concessionárias do setor elétrico poderiam ter, cada uma, um percentual diverso de alíquota efetiva da contribuição ao PIS e da COFINS.

Portanto, a simples previsão de inclusão das alíquotas das contribuições na tarifa não mais correspondia ao custo efetivo da obrigação tributária, necessário à persecução do efeito neutro da incidência desses tributos, dentro da concepção e do espírito do contrato de concessão (manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato).

Em termos práticos, caso fosse, por exemplo, mantida a alíquota de 3,65% dentro da cobertura tarifária, como até então vinha sendo adotado até as alterações acima mencionadas, poderia ocorrer duas situações caracterizadoras da quebra da neutralidade tributária característica dos contratos de concessão:

A concessionária arcou com um custo efetivo da contribuição ao PIS e da COFINS, qual seja 9,25% do seu faturamento/receita bruta: nesse caso estaria evidentemente reduzida a parcela de contra-prestação pactuada quando da celebração do contrato de concessão;

Havendo créditos a compensar na sistemática não-cumulativa, a concessionária suportou um custo efetivo inferior ao incluído na tarifa (3,65%): nessa hipótese, a concessionária estaria fazendo jus a valor superior ao originalmente pactuado, em detrimento dos consumidores.

Em suma, a fórmula utilizada para o reajuste tarifário acima mencionada restou defasada, na medida em que, ou a concessionária de energia elétrica ou os consumidores acabariam por ser injustamente onerados.

Diante de tal fato, para que os consumidores de energia elétrica não fossem excessivamente onerados através do reajuste tarifário anual, e para que as Concessionárias não sofressem prejuízos em decorrência da majoração das alíquotas e da alteração da sistemática de apuração das contribuições, foi necessário rever os respectivos contratos de concessão anteriormente assinados, tudo amparado na legislação vigente, sendo também constatado que a possibilidade de revisão e reajustes tarifários também não seriam suficientes para resolver/equilibrar tais distorções, eis que estariam sempre voltados para sanar situações pretéritas, não resolvendo a questão para o futuro.

Ou seja, para que ambas as partes da relação de consumo não fossem prejudicadas com a majoração das alíquotas e alteração da sistemática da contribuição ao PIS e da COFINS, os referidos valores foram retirados do cálculo da tarifa, e sua cobrança passou a ocorrer através da aplicação alíquota efetiva (custo efetivo), sendo tais valores incluídos pelas Concessionárias nas faturas de energia elétrica.

Vale destacar que, em termos de ônus financeiro, o consumidor não foi prejudicado com tal alteração, tendo em vista que, mesmo antes das referidas alterações, os valores da

contribuição ao PIS e da COFINS já integravam a tarifa de energia elétrica, na Parcela B acima mencionada.

O que ocorreu foi uma alteração da sistemática, em decorrência das alterações das normas tributárias acima mencionadas: inicialmente, os valores da contribuição ao PIS e da COFINS integravam a Parcela B da receita tarifária, e, atualmente, vêm sendo cobrado diretamente nas faturas de energia elétrica, tendo, por conseguinte, sido excluídos das tarifas.

Chegou-se a tal solução após detalhado estudo dos técnicos da ANEEL, conforme evidencia o Parecer nº 324/2004, cuja conclusão foi no sentido de que “o ordenamento jurídico respalda a proposta sugerida pelas Superintendências da ANEEL para dar novo tratamento ao PIS/PASEP e à COFINS nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica”.¹⁰

Desse modo, nem os consumidores, nem as concessionárias seriam onerados pela nova sistemática de incidência das contribuições, o que ocorreria caso fosse mantido o tratamento anterior, uma vez que a carga efetiva para as diversas concessionárias poderia variar entre extremos, motivo pelo qual não haveria como incluí-la na fórmula de reajuste tarifário.

Ou seja, a nova sistemática teve como finalidade adotar uma perspectiva neutra, de tal modo que não onerem, nem tampouco sejam causa de ganhos econômicos e financeiros à concessão.

Assim, a ANEEL, em cumprimento ao artigo 4º, §3º da Lei nº 9.427/96, convocou audiência pública, através do Aviso de Audiência Pública nº 014/2005 (DOU de 23.06.2005), com o objetivo de regulamentar a metodologia de cálculo utilizada pelas concessionárias de

¹⁰ BRASIL, Parecer 324/2004 da ANEEL. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaDetalhe.cfm?attAnoAud=2004&attIdeFasAud=146&ATTANOFASAUD=2007&id_area=13. Acesso em: 07 Mai. 2014.

energia elétrica, no que concerne os percentuais relativos ao PIS e a COFINS, bem como os critérios de apuração dos impactos financeiros provocados pela das alíquotas.¹¹

A referida Audiência Pública, como se pode depreender da cópia da ata que se encontra disponível na página eletrônica da ANEEL, contou com a presença, inclusive, do Chefe de Divisão de Relações Institucionais da CGSC, do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e do Ministério da Justiça, o que infirma qualquer alegação de violação ao Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, como resultado de todo o procedimento de estudo, discussão pública, e, acima de tudo, amparo legal para tanto (artigo 9º, §§2º e 3º, da Lei nº 8.987/95), a ANEEL editou, no estrito cumprimento de sua função, a Resolução Homologatória nº 241/2005 autorizando as Concessionárias (dentre elas a Light, como exemplo) a incluírem os valores de contribuição ao PIS e COFINS nas faturas de energia elétrica, cujo artigo 9º dispõe que:

Art. 9º Fica a LIGHT autorizada a incluir, no valor total a ser pago pelo consumidor, a partir da entrada em vigência desta resolução, a exemplo do ICMS, as despesas do PIS/PASEP e da COFINS efetivamente incorridas pela concessionária no exercício da atividade de distribuição de energia elétrica.¹²

Com efeito, ainda no estrito cumprimento das normas reguladoras do Setor Elétrico, as Concessionárias passaram a mencionar expressamente em cada fatura (“Conta de Energia Elétrica”) os valores relativos à contribuição ao PIS e à COFINS incidentes sobre o faturamento.

Por tudo que foi exaustivamente demonstrado, resta evidente que o procedimento adotado pelas Concessionárias e autorizado pela ANEEL teve base legal, qual seja, a Lei nº 8.987/95, que prevê a possibilidade de revisão tarifária em caso de alteração tributária capaz de impactar o contrato de concessão celebrado entre as Concessionárias e a União Federal,

¹¹ BRASIL, Aviso de Audiência Pública nº014/2005 ANEEL. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2005/014/documento/aviso_pisconfins.pdf. Acesso em: 06 de out de 2014.

¹² BRASIL, Resolução Homologatória nº 241/2005. ANEEL. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/atosdodia_reducaotarifaria/ Acesso em: 06 out de 2014.

como ocorreu com a alteração da sistemática de apuração das contribuições sociais (de cumulativa para não cumulativa).

Com efeito, as Concessionárias passaram a repassar os custos incorridos com o recolhimento das contribuições sociais, que não se confunde com o repasse dos tributos propriamente ditos. Ou seja, em última análise, as Concessionárias apenas “separaram” uma parcela da tarifa e a incluiu diretamente na fatura de energia elétrica.

Corroborando o acima exposto, basta verificar o valor do custo de PIS e COFINS cobrado do usuário, que se chegará à conclusão de que este não é o produto da aplicação pura e simples das alíquotas da contribuição ao PIS e da COFINS (1,65% e 7,6%, respectivamente), mas sim da denominada “alíquota efetiva” das contribuições, resultante da aplicação dos critérios de apuração do impacto financeiro provocado pela majoração desses tributos.

Nesse particular, cumpre destacar as lições do Professor Paulo de Barros Carvalho que, ao ser questionado através de Parecer específico sobre o tema, expôs que a forma escolhida pelo Poder Concedente para realizar a repercussão econômica não constitui tentativa indevida, uma vez que o fato dos valores de PIS e COFINS serem destacados na fatura de energia elétrica, assim como é feito com o ICMS, não caracteriza a alteração no fato jurídico dessas contribuições.

De acordo com o doutrinador Paulo de Barros Carvalho, não há a incidência de 9,25% sobre a conta de consumo de energia elétrica relativa ao PIS e a COFINS, uma vez que a alteração da metodologia do cálculo das tarifas de energia elétrica teve por finalidade que o usuário não fosse onerado de forma excessiva e indevida.

Contudo, caso se mantivesse a sistemática anterior, seriam inseridos nas tarifas os valores correspondentes à aplicação das alíquotas de 1,65% e de 7,6%, podendo assim ocorrer uma cobrança indevida aos consumidores. No entanto, tendo em vista a adoção da sistemática

não-cumulativa, os distribuidores de energia elétrica fazem jus a créditos decorrentes da aquisição de energia, de modo que a carga tributária efetiva é inferior àquela decorrente da aplicação do percentual de 9,25%.¹³

Outrossim, o Professor Marçal Justen Filho, também consultado para emitir Parecer específico sobre o tema em controvérsia, é enfático ao concluir que, a tarifa fixada pelo poder concedente, ainda que a partir de propostas formuladas na licitação, destina-se a cobrir as despesas necessárias à prestação do serviço, e entre estas se encontra as despesas de natureza tributária.

Assim sendo, é inquestionável que as contribuições relativas ao PIS e a COFINS incidem sobre o faturamento decorrente dos serviços objeto da concessão, uma vez que, é necessário que a tarifa inclua essas despesas, para que a concessionária possa pagar seus custos e obter lucro, não caracterizando assim uma cobrança indevida.¹⁴

Dessa forma, resta inequívoco que, conforme demonstrado, as contribuições em questão sempre foram repassadas ao consumidor (uma vez que anteriormente faziam parte da Parcela B da tarifa) e o novo procedimento adotado pelas Concessionárias deu-se nos exatos termos da legislação vigente.

3. PRINCIPAIS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELOS CONSUMIDORES E PELAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA.

O principal argumento utilizado pelos consumidores ao repudiarem o referido “repasso” reside no fato deste ser considerado inconstitucional, na medida em que a autorização da ANEEL estaria ferindo os dispositivos previstos na Constituição da República

¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. *A Legalidade do repasse das contribuições ao PIS e a COFINS*. 2012.82 p. Parecer- p. 63

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *A Legalidade do repasse das contribuições ao PIS e a COFINS*. 2012. 43 p. Parecer- p 39.

de 1988, especialmente no que tange a especificação do sujeito passivo da contribuição para a seguridade social incidente sobre o faturamento.

Os Consumidores alegam que de acordo com o disposto na Constituição Federal, modificou-se o sujeito passivo, visto que a Concessionária que deveria arcar com o ônus das referidas contribuições, mas está atribuindo ao Consumidor do serviço de energia elétrica tal incumbência.

Ademais, alegam que igualmente está havendo modificação na base de cálculo das mencionadas contribuições, que estão incidindo sobre as faturas individualizadas dos Consumidores enquanto, na realidade, deveriam estar incidindo sobre o faturamento bruto da Concessionária.

Inconformados, os Consumidores informam que com a autorização da ANEEL, eles se viram, de um dia para o outro, na contingência de terem que pagar PIS e COFINS sem nunca, contudo, terem preenchido as condições previstas nas leis n^{os} 10.637/2002 e 10.833/2003. Para eles a cobrança apenas seria legítima se fosse criada nova exação tributária indireta.

Indubitavelmente, a relação jurídica estabelecida entre a Concessionária e Consumidor da energia elétrica pertinente é a relação de consumo.

Por ser uma relação de consumo, tal relação também é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, motivo pelo qual os Consumidores constantemente invocam a violação de certos dispositivos.

Os Consumidores asseguram que, pelo princípio da transparência, deveria ser assegurado ao Consumidor a plena ciência da exata extensão das obrigações assumidas perante o fornecedor, no caso a Concessionária. Assim, segundo eles, deveria o fornecedor

transmitir efetivamente ao Consumidor todas as informações indispensáveis à decisão de consumir ou não o produto ou serviço, de maneira clara, correta e precisa.¹⁵

No entanto, argumentam os Consumidores que, muito embora seja clara a determinação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor no que tange a transparência das informações ao Consumidor, a Concessionária repassa a cobrança das contribuições ao PIS e a COFINS “ilegalmente” nas faturas de energia elétrica, sem sequer realizar o referido repasse de maneira clara e precisa.

Quanto aos argumentos utilizados pelas concessionárias, essas alegam em primeiro plano, que não estaria presente um dos requisitos essenciais ao ajuizamento das respectivas ações, qual seja, a legitimidade passiva da Concessionária. Assim, deveriam os respectivos processos serem extintos sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC.

De fato, a fixação da tarifa do serviço de distribuição de energia elétrica prestado pelas Concessionárias decorre do estrito cumprimento ao artigo 9º da supramencionada Lei nº 8.987/95 e, como não poderia deixar de ser, foi fiscalizado e homologado pela ANEEL, que, no exercício de sua competência, expediu atos normativos autorizando o procedimento adotado pelas Concessionárias.

Dessa forma, alegam restar inequívoco que, se os consumidores, porventura, entendem que foram lesados pelo procedimento realizado pelas Concessionárias, devem se insurgir contra a ANEEL, e não contra as Concessionárias, que aparentemente só fizeram cumprir a lei.

Diante do exposto, chega-se à conclusão de que se trata de uma discussão que deverá ser decidida entre o órgão que editou a norma (ANEEL) e os Consumidores de energia elétrica alegadamente lesados pela referida norma.¹⁶

¹⁵SOUZA, Maria Ivani de Araujo. *O PIS e a COFINS na telefonia e energia e as recentes decisões do STJ sobre o repasse nas contas*. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4688. Acesso em 04 set 2014.

Além disso, as concessionárias salientam que os valores incluídos nas faturas de energia elétrica não correspondem à contribuição ao PIS e a COFINS propriamente ditas, mas sim aos custos efetivamente incorridos pelas Concessionárias com o seu recolhimento.

Ou seja, as Concessionárias afirmam que continuam recolhendo normalmente e regularmente todos os tributos a elas inerentes; porém, partindo-se da premissa de que todos os custos devem integrar o valor final da tarifa, as Concessionárias informam que que, autorizadas pela ANEEL, passaram a retirar tais custos da tarifa e cobrá-los diretamente nas faturas de energia elétrica.

Com efeito, realmente a retirada dos custos da contribuição ao PIS e a COFINS da tarifa de energia elétrica e inclusão nas faturas – dissociação tarifária – consiste em uma forma de revisão de tarifa, sendo certo que foi a melhor solução a ser adotada, pois desse modo, nem os Consumidores nem as Concessionárias foram onerados com a revisão da tarifa e, por conseguinte, foi mantido o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Portanto, tendo em vista que a Lei nº 8.987/1995 prevê que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão deverá ser mantido a partir da revisão tarifária, bem como que a retirada dos custos da contribuição ao PIS e a COFINS da tarifa (em sentido estrito) para a inclusão na fatura se tratou de uma forma de revisão tarifária, uma vez que tais valores não perdem a sua natureza tarifária, verifica-se que todos os requisitos previstos na lei supramencionada foram preenchidos.

4. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS SOBRE A MATÉRIA

Inicialmente, insta esclarecer que, todo procedimento em discussão – repasse dos custos da contribuição ao PIS e a COFINS nas faturas – já havia sido adotado anteriormente

¹⁶ SOUZA, Maria Ivani de Araujo. *Ilegalidade do repasse do PIS e da COFINS nas faturas de energia*. Disponível em: <http://piscofinsenergiaetelefonia.blogspot.com.br/2009/11/ilegalidade-do-repasse-de-pis-e-cofins.html>. Acesso em: 04 set 2014.

pelas Concessionárias de telecomunicação, razão pela qual a manifestação do Superior Tribunal de Justiça em relação a tal matéria se deu primeiramente sobre tais Concessionárias.

Em 9 de setembro de 2008, o Ministro Herman Benjamin, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, foi o relator do acórdão proferido nos autos do RESP nº 1.053.778/RS, através do qual foi declarado por unanimidade, que “ é indevido o repasse do PIS e da COFINS na fatura telefônica, por ausência de expressa e inequívoca previsão na lei.”¹⁷

Naquela ocasião, o Superior Tribunal de Justiça não analisou a matéria sob o prisma tarifário, mas tão somente sob o prisma tributário.

O precedente supramencionado foi aplicado analogicamente por diversos Tribunais do País em julgados que discutiam o repasse dos custos da contribuição ao PIS e da COFINS nas faturas de energia elétrica.

E tal entendimento foi mantido até 22 de setembro de 2010, quando a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão nos autos do RESP nº 1.185.070/RS, através do qual, por unanimidade, declarou a legalidade da inclusão dos custos da contribuição ao PIS e da COFINS nas faturas de energia elétrica pelo rito do recurso repetitivo (artigo 543-C do Código de Processo Civil), consolidando definitivamente seu entendimento sobre o assunto.

O referido acórdão restou ementado da seguinte forma:

ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFA. REPASSE DAS CONTRIBUIÇÕES DO PIS E DA COFINS. LEGITIMIDADE.

1. É legítimo o repasse às tarifas de energia elétrica do valor correspondente ao pagamento da Contribuição de Integração Social - PIS e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social - COFINS devido pela concessionária.

2. Recurso Especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.¹⁸

O Ministro Teori Albino Zavascki, em seu voto, concluiu:

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. RESP nº1053778. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/848003/recurso-especial-resp-1053778-rs-2008-0085668-8>. Acesso em: 07 set 2014

¹⁸BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. RESP 1185.070. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16091407/recurso-especial-resp-1185070-rs-2010-0043631-6> Acesso em 07set.2014.

É inafastável que a contraprestação a cargo do consumidor (tarifa) seja suficiente para retribuir, pelo menos, os custos suportados pelo prestador, razão pela qual também é inafastável que, na fixação de seu valor, sejam considerados, em regra, os encargos de natureza tributária.¹⁹

E alterando definitivamente seu entendimento sobre o assunto, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 05.10.2010, proferiu acórdão nos autos do Recurso Especial nº 976.836/RS, também pelo rito do recurso repetitivo, através do qual foi declarada a legalidade do repasse da contribuição ao PIS e da COFINS praticados pelas empresas de telefonia nas respectivas faturas.

Naquela ocasião, o Ministro Luiz Fux, relator do supramencionado Recurso Especial, foi categórico ao afirmar que:

Todas as despesas correspondentes a tributos incidentes sobre as atividades necessárias à prestação dos serviços de telefonia estão necessariamente abrangidas nas tarifas, na medida em que o valor tarifário deve ser suficiente para assegurar o reembolso de despesas, compensado por meio da receita tarifária.²⁰

Dessa forma, resta claro que o Superior Tribunal de Justiça já consolidou seu entendimento quanto à legalidade da inclusão dos custos da contribuição ao PIS e da COFINS nas faturas de energia elétrica.

A matéria ainda aguarda apreciação perante o Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário com Agravo nº 638.550/RS, ao qual foi reconhecida a “Repercussão Geral”, conforme notícia veiculada abaixo:

Por unanimidade dos votos, foi reconhecida repercussão geral da matéria constitucional em debate no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 638484. A questão analisada pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) trata da necessidade de lei

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. RESP 1185.070. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16091407/recurso-especial-resp-1185070-rs-2010-0043631-6>. Acesso em 07set.2014.

²⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RESP 976.836. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16678024/recurso-especial-resp-976836-rs-2007-0187370-6/inteiro-teor-16807386>. Acesso em 07 set 2014.

complementar para definir se é possível o repasse, em faturas telefônicas, do PIS (Programa de Integração Social) e da COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) aos contribuintes usuários dos serviços de telefonia, nos termos do artigo 146, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal.

O Plenário Virtual da Corte reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, mas, no mérito, não reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, que será submetida a julgamento posterior.

CONCLUSÃO

De acordo com o artigo 9º, parágrafo 3º, da Lei nº 8.987/1995, há expressamente a possibilidade de revisão de tarifa na hipótese de criação ou alteração de tributos, tal qual ocorreu com a contribuição ao PIS e à COFINS.

Ou seja, os tributos em questão sempre integraram o custo das tarifas de energia elétrica, como forma de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, sendo inequívoca repercussão econômica de tais exações.

Assim sendo, de acordo com o exposto acima, e com a alteração da sistemática da contribuição ao PIS e da COFINS, fez-se necessária a alteração do procedimento de cobrança das faturas de energia elétrica, pois o custo efetivo decorrente das contribuições em tela passou a ser variável.

Contudo, apesar de ser feita a alteração do cálculo, em termos de ônus financeiro, o consumidor não foi prejudicado com a inclusão dos custos da contribuição ao PIS e da COFINS nas faturas de energia elétrica, tendo em vista que, mesmo antes das referidas alterações, os valores das contribuições já integravam a tarifa de energia elétrica.

Assim sendo, diante de todo exposto, a inclusão dos custos da contribuição ao PIS e da COFINS nas faturas de energia elétrica se reveste de plena legalidade, por se tratar de mero repasse de custos, inerente a qualquer atividade econômica, e que se tratou da melhor solução para que os Consumidores e as Concessionárias não viessem a sofrer prejuízos nem mesmo a ser onerados excessivamente.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Lei 10.637 de 30 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/2002/lei10637.htm>. Acesso em: 15 Abr.

_____. Lei nº 9.718 de 27 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/Ant2001/lei971898.htm>. Acesso em: 20 Abr. 2014.

_____. Lei nº9.718 de 27 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/Ant2001/lei971898.htm>. Acesso em: 15 Abr. 2014.

_____. Parecer 324/2004 da ANEEL. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaDetalhe.cfm?attAnoAud=2004&attIdeFasAud=146&ATTANOFASAUD=2007&id_area=13. Acesso em: 07 Mai. 2014.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. RESP 1185.070. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16091407/recurso-especial-resp-1185070-rs-2010-0043631-6> Acesso em 07set.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP 976.836. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16678024/recurso-especial-resp-976836-rs-2007-0187370-6/inteiro-teor-16807386>. Acesso em 07 set 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. Agravo 638484. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=184998&caixaBusca=N>. Acesso em 07 set 2014.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. RESP 1185.070. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16091407/recurso-especial-resp-1185070-rs-2010-0043631-6>. Acesso em 07set.2014.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. RESP nº1053778. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/848003/recurso-especial-resp-1053778-rs-2008-0085668-8>. Acesso em: 07 set 2014.

CARNEIRO, Cláudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. v.2, ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Direito Tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo Judicial Tributário – Execução Fiscal e Ações Tributárias*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA, Maria Ivani de Araujo. *O PIS e a COFINS na telefonia e energia e as recentes decisões do STJ sobre o repasse nas contas*. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4688. Acesso em 04 set 2014.