



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324/DF

RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

REQUERENTE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA – ABRADDEE

ADVOGADO: MARCELO MONTALVÃO MACHADO

INTERESSADO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTERESSADO: CONGRESSO NACIONAL

PARECER AJCONST/PGR Nº 371724/2023

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADMINISTRATIVO. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 14.385/2022. ALTERAÇÕES NA LEI 9.427/1996 PARA DISCIPLINAR A DEVOLUÇÃO DE VALORES DE TRIBUTOS RECOLHIDOS A MAIOR PELAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA ELÉTRICA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO DO PIS/PASEP E DA COFINS. RE-RG 574.706/PR. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REVERTIDOS EM FAVOR DOS USUÁRIOS/CONSUMIDORES DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. PRELIMINAR AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODO O COMPLEXO NORMATIVO. ART. 9º, § 3º, DA LEI 8.987/1995, QUE JÁ PREVIA A POSSIBILIDADE DA REVISÃO TARIFÁRIA PELA ANEEL. MÉRITO. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. LEI QUE NÃO DISCIPLINA NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. TEMA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE OFENSA A COISA JULGADA, AO ATO JURÍDICO PERFEITO E AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

E DA EQUIDADE. INOCORRÊNCIA. CONSUMIDORES QUE SEMPRE FORAM OS VERDADEIROS CONTRIBUINTE DE FATO, ARCANDO COM A INTEGRALIDADE DOS CUSTOS.

1. Não há de ser conhecida ação direta que não impugne a integralidade do complexo normativo pertinente a seu objeto. Precedente.
2. A Lei 14.385/2022, ao determinar o repasse aos usuários de energia elétrica dos valores de tributos recolhidos a maior, não ofendeu o art. 146, III, da Constituição Federal, pois não disciplinou normas gerais de Direito Tributário e sim política tarifária, tema disciplinado pelo Direito Regulatório, área do Direito Administrativo.
3. Na regulação do setor elétrico, o contribuinte de fato é o usuário do serviço público, pois é ele que suporta, integralmente, os custos da contribuição do PIS/Pasep e da COFINS repassados pelas distribuidoras à tarifa de energia elétrica.
4. Os titulares dos créditos tributários decorrentes da exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição do PIS/Pasep e da COFINS são os consumidores, e não as distribuidoras de energia elétrica
5. A atribuição, às distribuidoras de energia elétrica, da titularidade dos valores recolhidos a maior dos usuários implica enriquecimento sem causa das concessionárias e permissionárias, visto que estas não suportaram o prejuízo patrimonial da tributação a maior.
— Parecer pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes,

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica – ABRADÉE, tendo por objeto a Lei 14.385, de 27.6.2022, que altera a Lei 9.426, de 26.12.1996, para “disciplinar a devolução de valores de tributos recolhidos a maior pelas prestadoras do serviço público de distribuição de energia elétrica”.

Eis o teor da norma impugnada:

Art. 1º A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º (...)

XXII – promover, de ofício, 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 em razão de recolhimento a maior, por ocasião de alterações normativas ou de decisões administrativas ou judiciais que impliquem redução de quaisquer tributos, ressalvados os incidentes sobre a renda e o lucro.

(...)

§ 8º Para a destinação de que trata o inciso XXII do caput deste artigo, a Aneel deverá estabelecer critérios equitativos, considerar os procedimentos tarifários e as disposições contratuais aplicáveis e observar:

I – as normas e os procedimentos tributários aplicáveis à espécie;

II – as peculiaridades operacionais e processuais relativas a eventuais decisões judiciais ou proferidas por autoridade tributária competente;



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

III – a destinação integral dos valores do indébito, após apresentação ao órgão fazendário competente de requerimento do crédito a que faz jus, nos termos da legislação de cada ente tributário;

IV – os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais; e

V – o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.”

”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).

§ 1º Para a destinação de que trata o caput deste artigo, deverão ser considerados nos processos tarifários:

I – o valor total do crédito utilizado em compensação perante a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, acrescido de juros conforme o § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995;

II – a integralidade dos valores dos créditos requeridos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil a serem compensados até o processo tarifário subsequente, conforme projeção a ser realizada pela Aneel;

III – os tributos incidentes sobre os valores repetidos de que trata o caput deste artigo;

IV – os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais; e

V – a capacidade máxima de compensação dos créditos da distribuidora de energia elétrica.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

§ 2º A destinação de que trata o caput deste artigo dar-se-á nos processos tarifários anuais, a partir do primeiro processo tarifário subsequente ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

§ 3º Ressalvada a forma de destinação de que trata o inciso II do § 1º deste artigo, a Aneel poderá determinar a antecipação da destinação do crédito ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, desde que:

I – haja anuência da distribuidora de energia elétrica quanto ao valor a ser antecipado;

II – seja a distribuidora de energia elétrica restituída da remuneração referente ao valor antecipado.

§ 4º A remuneração da antecipação de que trata o § 3º deste artigo será definida pela Aneel.

§ 5º O disposto no § 3º deste artigo é aplicado ao crédito ainda não requerido à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, desde que haja anuência da distribuidora de energia elétrica.

§ 6º A Aneel promoverá revisão tarifária extraordinária com vistas a efetuar exclusivamente a destinação de que trata o caput referente às decisões judiciais anteriores à entrada em vigor deste artigo.

§ 7º O disposto no § 6º deste artigo aplica-se às distribuidoras de energia elétrica cujos últimos processos tarifários tenham sido homologados a partir de janeiro de 2022.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Alega a requerente que a Lei 14.385/2022 afronta os arts. 5º, XXII e XXXVI, e 146, III, da Constituição Federal, pois determina que as distribuidoras de energia elétrica repassem aos usuários (consumidores), pela via tarifária, os valores de indébitos tributários da Contribuição do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) restituídos como consequência da exclusão do Imposto sobre Circulação



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

de Mercadorias e sobre Prestações Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) de suas bases de cálculo.

Sustenta a inconstitucionalidade formal do diploma legal questionado, por desrespeito à reserva de lei complementar para regular o tema, uma vez que o ato normativo disciplina, indevidamente, normas gerais de Direito Tributário, principalmente no tocante à titularidade do direito de crédito nas restituições tributárias.

Por outra perspectiva, aponta a inconstitucionalidade material do art. 3-B da Lei 9.427/1996, por violação da coisa julgada, do ato jurídico perfeito, do direito à propriedade e dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da equidade. Argumenta, nesse sentido, que a Lei 14.385/2022 transfere para terceiros o que o Poder Judiciário decidiu, definitivamente, pertencer às distribuidoras, ocasionando prejuízos ao patrimônio das entidades beneficiárias da coisa julgada.

Insurge-se o requerente, ainda, contra o inciso XXI e o § 8º do art. 3º da Lei 9.427/1996 pela impossibilidade de a nova competência da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) poder alcançar fatos pretéritos, principalmente quando revestidos pelo manto definitivo da coisa julgada.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Ressalta, por fim, que a norma questionada violaria os princípios da segurança jurídica e da equidade, uma vez que *“o que a ANEEL está praticando, por efeito das disposições legais impugnadas, não é uma devolução de valores pagos a maior por usuários, numa proporção individual precisa ou ao menos aproximada entre eles, mas sim um transpasse indiscriminado, ao público em geral, de valores que, por uma decisão política, já não se pretende que permaneçam em poder de quem sempre deteve a sua titularidade (...), que são as distribuidoras de energia elétrica”* (peça eletrônica 1, p. 36).

Com esteio em tais argumentos, requer a concessão de medida cautelar para que sejam suspensos os efeitos do art. 3º, XXII e § 8º (sobre fatos anteriores à sua entrada em vigor), e do 3º-B, ambos da Lei 9.427/1996, com a redação atribuída pela Lei 14.385/2022.

No mérito, pleiteia a requerente (peça eletrônica 1, p. 41):

(...)

VII - (...) a declaração de inconstitucionalidade total da Lei nº 14.385/2022, por violar a reserva de lei complementar instituída no inciso III do art. 146 da Constituição;

VIII – subsidiariamente, como provimento definitivo, e pelas razões de inconstitucionalidade material indicadas nesta peça:

a) a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º-B da Lei nº 9.427/1996, incluído pela Lei nº 14.385/2022; b) a declaração de inconstitucionalidade da aplicação retroativa do inciso XXII e do § 8º da Lei nº 9.427/1996, com a redação atribuída pela Lei nº 14.385/2022,



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

a restituições tributárias anteriormente perfectibilizadas e acobertadas por decisões judiciais transitadas em julgado.

Adotou-se o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 (peça eletrônica 8).

O Senado Federal pronunciou-se pela constitucionalidade formal e material da Lei 14.385/2022 (peça eletrônica 17).

Registrou que *“a Lei nº 14.385/2022 não versa sobre normas gerais de matéria tributária, mas sim sobre a regulamentação do setor elétrico brasileiro: a relação de ANEEL com as distribuidoras de energia elétrica e os meios necessários para se manter o equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão, não sendo, portanto, hipótese reservada à lei complementar”* (peça eletrônica 17, p. 9).

Aduziu, por outro lado, ser descabida a alegação do requerente no sentido de que o diploma impugnado viola a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito a propriedade.

Pontua que *“o Supremo Tribunal Federal não determinou que o montante pago a maior pelos verdadeiros contribuintes, os consumidores de energia elétrica clientes das distribuidoras, fosse utilizado por estas como crédito para a compensação tributária com a União”* (peça eletrônica 17, p. 9).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Enfatizou que *“as normas contidas na Lei nº 14.385/2022 não contrariam a decisão desta Corte proferida nos autos do RE nº 574.706/PR. Na verdade o processo legislativo foi impulsionado pelo Tema 69 e busca levar até os verdadeiros prejudicados pela cobrança indevida a justa compensação”* (peça eletrônica 17, p. 9).

Afastou o argumento da requerente quanto a afirmação feita de suposta violação do princípio da segurança jurídica, ao argumento de que *“as distribuidoras de energia não foram responsáveis pelo pagamento do Pis/Cofins e não tiveram qualquer prejuízo com a inserção do ICMS na base de cálculo desses tributos, o que por si só já afastaria qualquer expectativa de que eventual exclusão do imposto estadual poderia lhe trazer algum benefício”* (peça eletrônica 17, p. 10).

Sustentou, por fim, que *“o desejo de não ressarcir o consumidor final que efetivamente teve prejuízo com a taxaÇÃO exarcebada não pode servir de base para considerar a regulamentação como inconstitucional, visto que elaborada em obediência a todas as normas constitucionais relativas ao processo legislativo, pelos órgãos que detêm atribuição constitucional para fazê-lo”* (peça eletrônica 17, p. 10-11).

A Presidência da República defendeu a constitucionalidade da Lei 14.385/2022 (peça eletrônica 19). A Câmara dos Deputados e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) deixaram de prestar informações (peça eletrônica 22).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A Advocacia-Geral da União manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido veiculado pela requerente, em peça assim sintetizada (peça eletrônica 24):

Administrativo. Artigo 1º da Lei nº 14.385/2022, que "altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, para disciplinar a devolução de valores de tributos recolhidos a maior pelas prestadoras do serviço público de distribuição de energia elétrica". Suposta afronta à reserva de lei complementar (artigo 146, inciso III, da Constituição), à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito, ao direito de propriedade, à irretroatividade da lei e aos princípios da segurança jurídica e da equidade. Preliminar. Ausência de impugnação a todo o complexo normativo. Mérito. O diploma questionado não padece de vício formal de constitucionalidade, haja vista que foi editado no regular exercício da competência da União para fixar política tarifária (artigo 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição). Ausência de violação aos preceitos constitucionais invocados, na medida em que os consumidores finais sempre foram os contribuintes de fato das contribuições ao PIS e à COFINS, as quais eram repassadas integralmente às tarifas de energia elétrica pelas concessionárias do serviço público. Legitimidade da atuação da ANEEL em prol da garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e suas repercussões tarifárias, o que inclui impedir a apropriação indébita de valores de titularidade dos consumidores e o enriquecimento sem causa das concessionárias. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido.

Vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para parecer.

Eis, em síntese, o relatório.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Busca-se, nesta ação direta, a declaração de inconstitucionalidade da Lei 14.385/2022, sob o argumento de que, ao julgar o **Recurso Extraordinário 574.706/PR** (Tema 69 da repercussão geral), o Supremo Tribunal Federal teria assentado que a **titularidade** dos créditos tributários decorrentes da exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição do PIS e da COFINS são das **distribuidoras de energia elétrica**.

Interpretando o quanto decidido pela Corte Constitucional, insurge-se a requerente contra a competência da ANEEL de promover, de ofício, 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 em razão de recolhimento a maior de tributos (Lei 9.427/1996, XXII, § 8º).

Volta-se, ainda, contra o dever imposto à ANEEL de 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 versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS (Lei 9.427/1996, art. 3-B, *caput*).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Alega a ABRADÉE a inconstitucionalidade formal e material da Lei 14.385/2022, uma vez que, a seu ver, o ato normativo ofenderia a reserva de lei complementar para disciplinar a matéria; a coisa julgada; o ato jurídico perfeito; o direito à propriedade e os princípios constitucionais da segurança jurídica e da equidade (CF, arts. 5º, XXII e XXXVI, e 146, III).

Razão não assiste à requerente.

Preliminarmente, a ação direta de inconstitucionalidade não há de ser conhecida, porquanto a requerente deixou de impugnar todo o complexo normativo acerca da matéria que é objeto desta ação constitucional.

A Lei 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, prevê a hipótese de revisão tarifária, para mais ou para menos, quando houver a criação, a alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, ressalvados os impostos sobre a renda.

É o que se observa da leitura do § 3º do art. 9º do diploma:

*Art. 9º 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.
(...)*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

§ 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. (Grifo nosso.)

Depreende-se, assim, que, tendo em vista que o pagamento a maior da contribuição do PIS/Pasep e do COFINS foi suportado pelo usuário do serviço público, enquanto **contribuinte de fato**, a revisão da tarifa de energia elétrica já era medida possível de ser adotada pela ANEEL.

Desse modo, conforme aduzido pelo AGU, a Lei 14.385/2022 *“apenas normatizou com maior especificidade e detalhamento uma medida que já poderia ser adotada pela ANEEL com base na Lei nº 8.987/1995, tudo com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão”* (peça eletrônica 24, p. 5).

Em casos como este, entende o Supremo Tribunal Federal pelo não conhecimento da ação direta por ausência do interesse de agir. Confira-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NORMA ADMINISTRATIVA EDITADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES E À RESERVA LEGAL. OFENSA AOS ARTS. 2º; 5º, II; 37, CAPUT E X; 93, V; 96, II, “b”; E 169, § 1º, DA CF. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

- 1. Inexistência do interesse de agir ante ausência de impugnação a todo o complexo normativo.*
- 2. Ação que não comporta exame de mérito, vez prejudicado seu objeto por fato superveniente. Dispositivo impugnado revogado pelas Leis Estaduais 6.564/2005 e 6.578/2005.*
- 3. Não conhecimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.261, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, DJe de 4.11.2020) – Grifos nossos.*

Ainda que superado esse vício processual, o pedido formulado nesta ação direta há de ser julgado improcedente.

Diversamente do quanto sustentado pela requerente, inexistente vício formal de constitucionalidade na Lei 14.385/2022, uma vez que o diploma impugnado não versa sobre normas gerais de direito tributário.

As disposições questionadas tratam de matéria de **direito regulatório (política tarifária)**, área do Direito Administrativo. A circunstância de a repercussão jurídica ter se originado de discussão travada, em momento anterior, em tema disciplinado pelo Direito Tributário (composição ou não do ICMS na base de cálculo da contribuição do PIS/Pasep e da COFINS) não significa atribuir à determinação legal de repasse dos valores de crédito tributário recolhidos a maior aos usuários do serviço uma nova modalidade de repetição de indébito, não prevista no Código Tributário Nacional (CTN).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Portanto, não há que se falar em ofensa ao art. 146, III, da Constituição Federal, pois a Lei 14.385/2022 dispõe sobre a regulamentação do setor elétrico, notadamente, a relação entre a ANEEL com as distribuidoras de energia elétrica, visando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público.

Tampouco prosperaram as afirmações da requerente para ver reconhecida a inconstitucionalidade material do diploma legal impugnado.

No julgamento do RE-RG 574.706/PR, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que *“o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Confins”* (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Repercussão Geral, *DJe* de 2.10.2017).

Opostos embargos de declaração, foram modulados os efeitos da decisão, para que somente produzisse efeitos a partir da data do julgamento de mérito do recurso extraordinário, ou seja, no dia 15.3.2017 (RE 574.706/PR – ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJe* de 12.8.2021).

Embora com a decisão do STF tenham as distribuidoras de energia elétrica se tornado credoras bilionárias da União, não ficou decidido, no julgamento do tema de repercussão geral, que a **titularidade** dos créditos de



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

PIS e COFINS, pagos a maior pelos usuários do serviço público, seriam daquelas, como pretende fazer crer a requerente.

É o que ilustra a ementa do seguinte julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade de cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

(RE-RG 574.706/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Repercussão Geral, *DJe* de 2.10.2017)

Na regulação do setor elétrico, o contribuinte de fato é o usuário (consumidor) do serviço público, pois é ele que suporta os custos do PIS/Pasep e COFINS repassados pelas distribuidoras à tarifa de energia elétrica.

Tal cenário, assim como o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal foram determinantes para a deflagração do processo legislativo que deu origem à Lei 14.385/2022. A proposição legislativa teve a clara intenção de evitar a **indevida apropriação** dos créditos tributários pelas distribuidoras de energia elétrica, em prejuízo do consumidor que arcou com a contribuição do PIS/Pasep e da COFINS em valor maior do que deveria ter sido cobrado.

Nesse sentido, confira-se a justificativa do projeto de lei (PL 1.280/2020) apresentado pelo Senador Fábio Garcia:

O Supremo Tribunal Federal (STF), em 15 de março de 2017, no julgamento do RE nº 574.706-PR, com repercussão geral (Tema nº 69), decidiu que o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) cobrado das distribuidoras de energia elétrica não deve compor a base de cálculo do PIS/COFINS.

A decisão do STF gerou um volume bilionário de recursos a ser recebido pelas distribuidoras de energia elétrica junto à União. Contudo, esses recursos não pertencem a essas empresas, mas a seus



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

consumidores. Isso porque, pela regulação do setor elétrico, os custos do PIS/COFINS recolhido pelas distribuidoras são incorporados às suas tarifas e repassados aos consumidores. Nesse contexto, a apropriação dos recursos pelas empresas representaria um ganho indevido.

Devemos lembrar que as distribuidoras de energia elétrica, diante de eventos de súbitos aumentos de custos ou redução de seus mercados, não demoram a pleitear junto à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de seus contratos, enfatizando ser esse um direito que lhes assiste. Até mesmo a elevação da inadimplência provocada pela pandemia de covid-19 e pela crise econômica foi apontada pelas empresas como motivo de desequilíbrio econômico-financeiro da concessão. Entretanto, o contrato de concessão por elas firmado com a União não pode ser interpretado como uma via de mão única ou uma balança que pende para um lado só. O consumidor também tem direito de reclamar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão a seu favor, o que, no caso em questão, ocorrerá quando os créditos de PIS/COFINS gerados às distribuidoras com a decisão mencionada do STF forem repassados às tarifas de energia elétrica.

Nesse contexto, o presente projeto de lei estabelece uma disciplina para a destinação integral dos créditos de PIS/COFINS já mencionados aos consumidores de energia elétrica. Para tanto, a proposição prevê que a ANEEL deverá implementar a destinação dos créditos já habilitados, observando critérios equitativos, as normas e os procedimentos tributários aplicáveis e as peculiaridades operacionais e processuais das decisões judiciais e da autoridade tributária, de forma a viabilizar a redução das tarifas de energia elétrica.

Julgamos relevante enfatizar que a proposição estabelece que a destinação observará a máxima capacidade de aproveitamento de créditos das distribuidoras de energia elétrica, com a possibilidade de antecipação de valores. Com isso, garantimos que o consumidor de energia elétrica usufrua do benefício de forma imediata, o que certamente



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

promoverá um alívio nas suas despesas. A medida, inclusive, permitirá que os consumidores coloquem suas contas em dia, o que reduzirá a inadimplência junto as distribuidoras e que já foi por elas apontada como causa de desequilíbrio econômico-financeiro de seus contratos (peça eletrônica, p. 5-6). (Grifos constantes do original) -

No curso do processo legislativo, afirmou o Senador Eduardo Braga, na qualidade de Relator, que:

No caso do setor elétrico, essa decisão criou a expectativa de que as distribuidoras de energia elétrica terão quase R\$ 50 bilhões em créditos tributários a receber da União, os quais deveriam ser revertidos para a modicidade tarifária. Contudo, o que temos visto é uma imensa incerteza legal quanto ao consumidor ser o beneficiário final desses créditos.

Não há dúvidas quanto ao fato de que o consumidor deve ser o beneficiário final desses créditos. Afinal, foi o consumidor que pagou a contribuição para o PIS/PASEP e para a COFINS em valor maior do que aquele que deveria ter sido cobrado. Isso porque, pelas regras tarifárias, esses tributos são recolhidos pela distribuidora, mas arcados pelos consumidores, e repassados à União. Ora, se o consumidor pagou um valor maior, não há que se falar em não receber integralmente os créditos tributários decorrentes da citada decisão do STF (peça eletrônica 17, p. 6-7). (Grifos constantes do original.) -

Por tais razões, não prosperam os argumentos da requerente, no sentido de que os arts. 3º, XXII, § 8º, e 3º-B, ambos da Lei 9.427/1996, violariam a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Como exposto, foram os usuários do serviço de energia elétrica que arcaram com os custos, a maior, da contribuição do PIS e da COFINS. Logo, sendo os consumidores os **contribuintes de fato** não há de se falar em ofensa aos direitos das distribuidoras, uma vez que não foram as responsáveis pelos pagamentos e, por conseguinte, não suportaram prejuízo patrimonial com a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS.

Compreender em sentido contrário equivaleria a avalizar o enriquecimento ilícito das concessionárias e das permissionárias de energia elétrica, pois estas nunca foram as titulares do indébito.

Por fim, conforme bem acentuado pelo Senado Federal, revelam-se descabidas as teses de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da equidade, visto que (peça eletrônica 17, p. 9-10):

Não há nenhuma previsão legal ou decisão judicial que permita as concessionárias de energia elétrica concluírem terem qualquer direito ao que foi pago indevidamente por seus consumidores. Não há qualquer fundamento para a surpresa das concessionárias com a determinação legal de readequação dos valores das tarifas para reequilibrar a relação contratual em razão da compensação tributária. (...)

Além da ANEEL ser o órgão tecnicamente mais preparado para estabelecer a forma mais justa de compensação, tem-se que o valor do desconto é arbitrado individualmente para cada distribuidora de energia e baseado nas peculiaridades de cada uma, o que, dentro da medida possível, beneficia os consumidores dentro dos limites da contribuição indevida.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Resolução da ANEEL é o instrumento regulamentar adequado para determinar a forma pela qual os valores recolhidos a maior dos usuários sejam compensados, inclusive mediante redução de tarifas cobradas dos consumidores até o montante do valor injustamente auferido, mediante controle da agência reguladora e dos demais órgãos competentes.

Em face do exposto, opina o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido.

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras
Procurador-Geral da República
Assinado digitalmente

JAF