



Tratamento regulatório dos créditos tributários de PIS/ COFINS

Outubro de 2023

Pedro Fonseca
Sócio de Julião Coelho Advocacia
Master of Laws – Stanford University

COISA JULGADA



TEMA 69 R.G.

“O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”

(RE 574.706, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15.03.2017, Dje 02.10.2017)

Efeitos pretéritos



Formação de crédito tributário, em favor das distribuidoras, para compensação perante o Fisco

Efeitos prospectivos



Redução imediata da carga tributária pelo regime de alíquota efetiva

Natureza PIS/COFINS

Regra geral:

PIS/COFINS é **tributo direto**, dada sua incidência sobre receita ou faturamento.

Setor Elétrico:

PIS/COFINS assume natureza de **tributo indireto**.



“ O ISS é espécie tributária que admite a sua dicotomização como tributo direto ou indireto, consoante o caso concreto. ”

(STJ, REsp 1131476/RS)



“ 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. ”

(STJ, REsp 1131476/RS)

PIS/COFINS: repasse extratarifário

As contribuições destinadas ao PIS e à COFINS **não integram as tarifas** de energia elétrica, mas o custo do tributo é repassado aos consumidores por meio de componente próprio nas faturas, “por fora” das tarifas, conforme cláusulas dos contratos de concessão.

Audiência Pública n. 45/2004: a ANEEL propôs *“movimento tarifário no sentido de retirar das tarifas de energia [...] os percentuais relativos aos tributos PIS/PASEP e COFINS”*, a fim de que se obtivesse espécie de *“tarifa [...] ‘pura’ apenas com os componentes exclusivamente setoriais, facilitando a gestão dos processos de reajuste e revisão [...] evitando a proliferação de revisões extraordinárias”*

Regras e mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro da concessão não se aplicam.

Não se tratou de tarifa majorada no passado.

TRATAMENTO REGULATÓRIO



Até então, **não havia disciplina regulatória** que regulasse o procedimento de devolução dos créditos tributários aos consumidores.

Em função disso, a ANEEL tratou de **criar novos mecanismos regulatórios** para tratar da matéria.

Nesse sentido, foram tomadas medidas em diferentes âmbitos:

NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Instauração da **Consulta Pública n. 5/2021**, pela ANEEL, para “obter subsídios para o aprimoramento da proposta de devolução dos créditos tributários decorrentes de processos judiciais que versam sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS”.

NO ÂMBITO LEGISLATIVO

Promulgação da **Lei n. 14.385/2022** “para disciplinar a devolução de valores de tributos recolhidos a maior pelas prestadoras do serviço público de distribuição de energia elétrica”.

INCONSTITUCIONALIDADES DA LEI N. 14.385/2022 – ADI 7324

1.

Violação à reserva de lei complementar (art. 146, III, “b”, CF/88)

Ao transferir o crédito suscetível de apropriação pelas distribuidoras (contribuintes de direito) aos consumidores (contribuintes de fato), a Lei n. 14.385/2022 **disciplina o regime de compensação tributária**, matéria reservada à lei complementar.

Disciplina ainda o **regime de repetição de indébito tributário**:

“Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.”

INCONSTITUCIONALIDADES DA LEI N. 14.385/2022

2.1.

Violação à **coisa julgada** (art. 5º, XXXVI, CF/88)

A Lei n. 14.385/2022 **esvazia o conteúdo econômico e financeiro** do direito reconhecido, em favor das distribuidoras, por decisão judicial transitada em julgado.



“ se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente ”

(STF, ADI 493)

A **legitimidade** das distribuidoras sobre o crédito já foi discutida (e **superada**) nos processos transitados em julgado, nos termos do **art. 166 do CTN**.

Somente ação rescisória, nos limites da lei, poderia rever a coisa julgada.

2.2.

Violação à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF/88)

A legislação infraconstitucional editada com o intuito de infirmar entendimento judicial consolidado nasce com **presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade**, de modo que recai sobre o legislador ordinário maior ônus de justificar a alteração legal.

“ *A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis in your face) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade*, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa.

Nesse caso, a novel legislação se submete a um ***escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso***, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas. ”

(STF, ADI 5.105)



3.

Violação ao princípio da segurança jurídica (art. 1º, art. 5º, XXXVI, CF/88)

A Lei n. 14.385/2022 é retroativa, porque:

→ **Alcança** os valores “relacionados às ações judiciais transitadas em julgado” no passado, inclusive aqueles “referente às *decisões judiciais anteriores à entrada em vigor deste artigo*”



“Em nosso sistema jurídico, a regra de que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por estar inserida no texto da Carta Magna (art. 5º, XXXVI), tem caráter constitucional, impedindo, portanto, que a legislação infraconstitucional, ainda quando de ordem pública, retroaja para alcançar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada „ (STF, RE 188.366)

→ **Afasta prazo prescricional já consumado** → na data de publicação da norma, eventual pretensão do consumidor de reaver créditos anteriores a 28.06.2012 já se encontrava fulminada pela prescrição.

“a aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova” com “aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. „ (STF, RE n. 566.621, Tema 4 R.G)



4.

Violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF/88)

A Lei n. 14.385/2022 busca infirmar, diretamente, o direito assegurado pelo Judiciários às distribuidoras



“*a decisão judicial não pode ter a sua efetividade e o seu respeito condicionado à exigência que venha a ser imposta pelo legislador* infraconstitucional. (...) o princípio da separação de poderes estaria agravado pelo preceito infraconstitucional, que *restringe o vigor e a eficácia das decisões judiciais* ou da satisfação a elas devidas na formulação constitucional prevalecente no ordenamento jurídico.” (STF, ADI 3.453)

5.

Violação ao princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CF/88)

A Lei n. 14.385/2022 não é **adequada**, pois não é capaz de produzir o resultado desejado pelo legislador ordinário (proteção ao consumidor).

As distribuidoras não mais terão qualquer **incentivo** para questionarem indébitos tributários, o que prejudica os próprios consumidores, que deixarão de perceber as desonerações proporcionadas por esse tipo de ação.

PRESCRIÇÃO

A Lei n. 14.385/2022 não afastou – nem poderia afastar – o prazo prescricional já consumado sobre a pretensão dos consumidores

1. A lesão ao direito, o surgimento da pretensão e o início do prazo prescricional ocorrem no momento em que o tributo foi cobrado indevidamente;
2. Considerando o prazo prescricional máximo do Código Civil (art. 205), a pretensão pode ser exercida em até 10 (dez) anos desde a cobrança indevida; e
3. Os consumidores apenas poderiam reaver os valores cobrados indevidamente nos 10 (dez) anos anteriores aos exercício da pretensão.



“ Art. 189 Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição ”

(Código Civil)

Eventuais tentativas de deslocamento dos marcos temporais da prescrição

A ANEEL defende que o marco inicial da prescrição seria a data em o STF julgou a matéria.

“ Somente a partir da decisão do STF teria início a contagem de prazos decadenciais ou prescricionais.

Considerando que os embargos da Fazenda Nacional foram julgados em 13.05.2021, é a partir da publicação dessa decisão que tem início a contagem dos prazos decadenciais e prescricionais para que o consumidor exerça eventuais pretensões individualizadas contra a concessionária.”

(Parecer n. 50/2022/PF-ANEEL/PGF/AGU)

“ a declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou a Resolução do Senado (declaração de inconstitucionalidade em controle difuso) é despicienda para fins de contagem do prazo prescricional ” (STJ, REsp 1110578, Tema 142)

*“significaria, conforme já se disse, **atribuir eficácia constitutiva àquela declaração**. (...) equivale a eliminar a própria existência do prazo prescricional (...), já que, sem termo “a quo”, o termo “ad quem” será indeterminado”.*

“o prazo prescricional será incerto, aleatório e eventual, já que, se ninguém tomar a iniciativa de provocar juridicionalmente a declaração de inconstitucionalidade, não estará em curso prazo prescricional algum, mesmo que o recolhimento do tributo indevido tenha ocorrido há cinco, dez ou vinte anos”.



*“o Estado não poderá ressarcir algo trinta anos depois. Isso viola completamente todos os princípios, tendo em vista que **até o homicídio prescreve no Direito brasileiro, como o mais grave atentado contra a vida humana**”. (STJ, EREsp n. 423.994)*



julião coelho

Obrigado!

Pedro Fonseca

Sócio de Julião Coelho Advocacia
Master of Laws – Stanford University