

Do impacto das Contribuições Sociais PIS/Pasep e COFINS na fatura de energia elétrica e da necessidade de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão

Francisco Fernando Antonio Albuquerque Lima

Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Ceará.
Graduado pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduado em Direito. Processual
Civil pela Faculdade Farias Brito.
Membro da Comissão de Estudos Tributários da OAB/CE.

Resumo: Com o advento das Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003, os tributos PIS/Pasep e COFINS passaram a incidir de forma não-cumulativa, além de terem suas alíquotas majoradas de 0,65% e 3%, respectivamente, para 1,65% e 7,6%. Dentro deste contexto, a ANEEL passou a homologar as tarifas de energia elétrica sem levar a efeito os referidos tributos, ficando as concessionárias expressamente autorizadas a proceder com o repasse direto destes aos consumidores finais. A propósito, tal procedimento encontra embasamento jurídico sólido que o reveste de legalidade, mormente considerando a existência de estudos técnicos demonstrando o impacto destas alterações no equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

Palavras-chave: PIS/Pasep; COFINS; Repercussão econômica; Majoração; Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

1. Introdução

Tema de grande repercussão no âmbito jurídico, o repasse dos valores referentes às Contribuições Sociais para Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/Pasep e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS vem sendo questionado por consumidores de todo o país.

Segundo alegam os consumidores, tais tributos são classificados como tributos diretos incidentes sobre o faturamento ou a receita bruta das concessionárias de energia elétrica, os quais deveriam ser custeados por estas.

Contudo, tal questão não poderá se analisar tão somente sobre o enfoque da classificação econômica dos tributos em diretos e indiretos, fazendo-se necessária a análise das questões de ordem técnica e jurídica, sendo esta a proposta da presente resenha.

2. Dos tributos PIS/Pasep e COFINS e da repercussão destes no preço final do consumo de energia elétrica

Com o propósito de melhor analisarmos a questão, iniciamos o nosso estudo com a abordagem dos tributos objeto do repasse questionado pelos consumidores de energia elétrica.

O Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS foi instituído pela Lei Complementar n.º 7, de 7 de setembro de 1970, o qual foi posteriormente unificado ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – Pasep através da Lei Complementar n.º 26, 11 de setembro de 1975, havendo a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS sido criada pela Lei Complementar n.º 70, de 30 de dezembro de 1991.

Ambos os tributos são Contribuições Sociais e encontram respaldo no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, os quais possuem como fato gerador o faturamento mensal da pessoa jurídica, assim entendido o total das receitas auferidas por estas, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Nesta hipótese, diz-se que tais tributos são *diretos*, posto que suportados “de direito” por aqueles que auferem receitas.

Segundo Amaro (2006, p. 90), a referida classificação se trata de *conteúdo econômico*, e ressalva:

Essa classificação é fonte de incertezas, pois não raras as vezes tributos ditos “indiretos” não são repassados a terceiros, mas suportados pelo próprio contribuinte de direito. Por outro lado, é di-

fácil encontrar um tributo dito “direito” que não possa, por algum mecanismo, ser “embutido” no preço de bens ou serviços e, portanto, “repassado” a terceiros.
(destacamos)

A bem da verdade, é comum a confusão que se faz em torno da classificação econômica dos tributos e os mecanismos de formação de preço.

Muito embora o PIS/Pasep e a COFINS possam ser classificados doutrinariamente como *tributos diretos*, tem-se que, **sob a óptica econômica**, estes, bem como todo e qualquer tributo, **repercutem no preço das mercadorias e serviços**, tudo pelo simples fato de serem considerados como um **custo** integrado ao serviço.

Por sua vez, nos termos a que alude o artigo 9º da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação”.

Segundo os ensinamentos de Pires e Piccinini (1998, p. 162)

A “tarifa pelo preço” do serviço é aquela que é definida em processo de licitação para exploração dos serviços, segundo o critério do menor preço ofertado. Esta tarifa inicial poderá ser regulada, posteriormente, por um dos métodos já discutidos. O objetivo desse mecanismo é assegurar a prestação dos serviços com preços reduzidos, além de criar estímulos à eficiência produtiva das firmas, tendo em vista que os preços preestabelecidos em contrato incentivam a redução de custos.

Desta forma, na composição da tarifa de energia elétrica, além da remuneração devida à concessionária do serviço público, são considerados ainda todos os custos relacionados à geração, transmissão e distribuição, incluindo ainda a amortização dos investimentos

realizados e demais encargos e tributos que repercutem direta ou indiretamente na prestação do serviço.

Sobre o tema, Justen Filho (1997, p. 147) corrobora da seguinte forma:

[...] Ao elaborar sua proposta, o particular avaliará seus custos diretos e indiretos. Estarão abrangidos todos os encargos, inclusive os fiscais, desde que incidentes sobre as atividades referidas à execução do objeto contratual. A dimensão da carga fiscal representa um dos elementos de avaliação de resultados a serem obtidos pelo particular, pois produz elevação ou redução das vantagens e encargos assumidos pelo contratado. Logo, a variação dos deveres tributários não comporta tratamento jurídico específico distinto para exame do problema da equação econômico-financeiro do contrato administrativo.

No caso em questão, a inserção dos encargos fiscais na composição da tarifa de energia elétrica se torna mais explícita na medida em que o §3º do artigo 9º da Lei n.º 8.987/1995 estabelece que **a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos (diretos ou indiretos) que impactuem no equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão ensejará na revisão da tarifa pública**, conforme será exposto mais adiante.

De fato, a sistemática de repasse de custos (diretos e indiretos) é igualmente adotada por todos os segmentos da economia, tratando-se este de mecanismo de composição e reajuste de preços, não podendo o mesmo ser diferente em relação aos contratos de concessão de serviços públicos.

3. Das alterações na legislação do PIS/Pasep e da COFINS e da necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão

Uma vez superada questão relativa à composição da tarifa de energia elétrica, cabe-nos expor as razões pelas quais as concessionárias de energia elétrica passam a efetuar o repasse direto dos custos financeiros referentes aos tributos PIS/Pasep e COFINS.

Inicialmente, as referidas Contribuições Sociais eram cobradas sob o regime da cumulatividade, de modo que os tributos incidiam sobre cada uma das etapas da cadeia produtiva, criando assim o denominado “efeito cascata”.

Posteriormente, por força das Leis Ordinárias n.ºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, as referidas Contribuições Sociais passaram a incidir sob a sistemática da *não-cumulatividade*, a qual é operada através da redução da base de cálculo mediante a dedução de custos e despesas referentes às fases anteriores.

Paralelamente, foram majoradas as alíquotas do PIS/Pasep e COFINS de 0,65% e 3%, respectivamente, para 1,65% e 7,6%.

Neste aspecto, tem-se que ao invés de representar uma desoneração da carga tributária, **a alteração do sistema cumulativo para o sistema não-cumulativo – aliada à majoração das alíquotas do PIS/Pasep e da COFINS – poderá trazer impactos negativos**, especialmente em relação aos setores econômicos que possuem extensas cadeias de produção.

Diante de tais circunstâncias, as Superintendências de Fiscalização Econômica e Financeira e Regulação Econômica da Agência Nacional de Energia Elétrica elaboraram Nota Técnica (2004) acerca do “impacto da majoração das alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS”, a qual concluiu da seguinte forma:

I. DO OBJETO

A presente Nota Técnica tem por objeto suportar decisão da Agência Nacional de Energia Elétrica

– ANEEL no processo que visa a exclusão das tarifas de energia elétrica dos encargos referentes à Contribuição para o Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

II. DOS FATOS

...

Tributos no Setor Elétrico

8. As revisões de tarifa decorrentes de alteração dos tributos são regidas pelo disposto no §3º do art. 9º da Lei n.º 8.987/95, o qual estabelece que, quando comprovado seu impacto, a alteração de tributos “implicará a revisão de tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso”. Está na Lei:

...

11. Com efeito, se houver comprovação do impacto em função da elevação das alíquotas do PIS/PASEO e da COFINS, haverá revisão das tarifas, pois é direito da concessionária e dever do Poder Concedente.

...

Impacto da não-cumulatividade do PIS/PASEP e da COFINS no setor elétrico

14. Especificamente com relação à alteração das alíquotas do 0,65% a 3% para 1,65% e 7,6%, respectivamente, para as contribuições sociais para o PIS/PASEP e a COFINS, e ainda migrando do sistema cumulativo para o não-cumulativo, sujeito ao concessionário, desde que comprovado o impacto, positivo ou negativo a um ajuste tarifário, para mais ou para menos, conforme o caso.

...

III. DA ANÁLISE

18. Para o cenário até então apresentado, é certo o direito das concessionárias à recomposição tarifária, em função das alterações promovidas pelas Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003.

19. Ressaltamos que os custos com PIS/PASEP e COFINS tem natureza de custo não gerenciável, porém enquadra-se como Parcela B, que por definição seria objeto de revisões tarifárias de quatro em quatro anos, entretanto, por todo exposto, caso o impacto da majoração das alíquotas seja devidamente comprovado, teria o Poder Concedente o dever de proceder uma revisão extraordinária.

...

V. CONCLUSÃO

27. Em função do exposto, poderá a ANEEL realizar um movimento tarifário no sentido de retirar das tarifas de energia – a exemplo do que foi feito pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – os percentuais relativos aos tributos PIS/PASEP e COFINS, atribuindo às concessionárias a responsabilidade pela inclusão dos percentuais reais nas faturas de energia elétrica.

28. Desta forma, a tarifa de energia elétrica ficará “pura” apenas com os componentes exclusivamente setoriais, facilitando a gestão dos processos de reajuste e revisão tarifária, evitando a proliferação de revisões extraordinárias e simplificando o processo como um todo.
(grifamos)

Neste contexto, a já citada Lei n.º 8.987/1995 assegura às concessionárias de serviços públicos a **manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão**, conforme exposto em seu artigo 9º, §§ 2º e 3º, a saber:

Art. 9º. *Omissis.*

§1º. *Omissis.*

§ 2º. Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de **manter-se o equilíbrio econômico-financeiro**.

§ 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.**

Acerca do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, Mello (2007, p. 619-620) explana o seguinte:

Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro, pela compensação econômica que lhe corresponderá. A equação econômico-financeira é intangível.

Também discursando sobre o tema, Justen Filho (*Op. cit.*, p. 145-146) comenta:

Reconhece-se que a equação econômico-financeira é intangível, na acepção de que, uma vez aperfeiçoada, não pode ser infringida. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro consiste na impossibilidade de alterar apenas um dos ângulos da equação. Não é possível alterar, quantitativamente ou qualitativamente, apenas o âmbito dos *encargos* ou tão-somente das *retribuições*. Se foram adicionados encargos, rompe-se o equilíbrio, a não ser que também se ampliem as *retribuições*. Idêntico raciocínio se aplica em caso de redução dos encargos, o que acarretará a necessidade de redução das *retribuições*. Em síntese, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro corresponde a uma espécie de *magnetização* dos ângulos ativo e passivo do conteúdo da rela-

ção jurídica: à alteração de um ângulo deve corresponder uma alteração equivalente e correspondente no outro ângulo.

Mais adiante, completa (p. 147-148):

A decorrência da alteração da equação econômico-financeira do contrato administrativo é, basicamente, a recomposição de preços. Os preços previstos originalmente deverão ser alterados, de molde a permitir a manutenção da relação entre encargos e benefícios prevista na proposta aceita pela Administração Pública. Havendo elevação dos encargos, o particular tem o direito de obter elevação proporcional dos preços contratuais. Se for caracterizada a redução dos encargos, promove-se a correspondente redução dos preços.
(...)

A flutuação da carga fiscal afetará a equação econômico-financeira do contrato administrativo em diversas hipóteses. Deverá reputar-se como relevante, para fins de equação econômico-financeira do contrato administrativo, qualquer modificação da legislação tributária que afetar a carga fiscal relacionado com a execução da prestação contratual. Consideram-se, tendo em vista o objeto deste parecer, apenas as situações de agravamento da posição do contrato.

Por oportuno, ressalta-se que **o impacto da majoração das alíquotas do PIS/Pasep e da COFINS na composição da tarifa foi amplamente demonstrado na supra transcrita Nota Técnica n.º 126/2004-SFF/SRE/ANEEL**, a qual demonstrou também que a adoção da sistemática da não-cumulatividade dos referidos tributos “gera uma série de variáveis que contornam o real impacto decorrentes das alterações promovidas pelos mencionados dispositivos legais [Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003]”.

Dentro deste contexto, visando neutralizar o impacto econômico-financeiro advindos, a referida Nota Técnica apresentou as seguintes recomendações:

VI. DA RECOMENDAÇÃO

29. Em função do exposto recomendamos que

- a ANEEL deverá retirar das tarifas de energia elétrica os percentuais de 0,65% e 3% relativos ao PIS/PASEP e a COFINS respectivamente, ficando sob a responsabilidade das concessionárias a identificação e a inclusão dos valores relativos ao PIS/PASEP e a COFINS efetivamente apurados e devidos, com base na legislação em vigor;
- com relação aos impactos ocorridos no período de vigência das Leis n.º 10.637/2002 e n.º 10.833/2003, até a data base de exclusão das tarifas dos tributos em questão e conforme já orientado por meio de Ofícios, deverá a ANEEL estabelecer cronograma para o equacionamento os ativos acumulados pelas concessionárias, observando que os valores deverão ser validados previamente pela a fiscalização econômica e financeira, objetivando o ressarcimento;
- seja destacado em Resolução Normativa que as concessionárias deverão cobrar do consumidor de energia elétrica os custos reais relativos ao PIS/PASEP e a COFINS.
(grifamos)

Em face desta realidade, a Procuradoria Federal na ANEEL emitiu Parecer (2004) acerca da “alteração da sistemática de repasse de cobertura tarifária para os custos decorrentes do recolhimento de PIS/PASEP e da COFINS”, o qual opinou da seguinte forma:

II. DO PARECER

I. RELATÓRIO

...

3. Ao assim disporem, as novas leis do PIS/PASEP e da COFINS criaram uma situação jurídica nova em que não obstante tenha havido majoração da alíquota das contribuições conferiu-se, por outro lado, a possibilidade de creditamento de valores que serão deduzidos do montante final a ser recolhido aos cofres públicos.

4. Nessa nova realidade jurídica, o **custo efetivo** com o pagamento desses tributos passa a ser **variável**, não mais correspondendo ao equivalente simples dos percentuais das alíquotas, tal como anteriormente fixado. Desse modo, não há como se antever, portanto, qual o valor exato que será despendido pelos concessionários para fazer frente a esses custos.

...

II. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 – Os contratos de concessão e as cláusulas tarifárias

8. A questão trazida ao conhecimento da Procuradoria é extremamente complexa e requer algumas considerações prévias. Por versar sobre possibilidade de conferir novo tratamento às tarifas, cumpre-se mencionar, desde logo, que **a essência contratual da concessão reside justamente nessas cláusulas tarifárias.**

...

13. **A fixação inicial do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se dá na data da sua assinatura.** Neste instante, após necessária precedência de procedimento licitatório, o concessionário reconhece que os valores e os termos fixados são suficientes para a prestação do serviço concedido. Como o passar do tempo, situações fáticas podem vir a alterar a equação acerta inicialmente. Para que não haja esse risco, **o ordenamento prevê institutos capazes de rever o contrato a fim de assegurar o seu equilíbrio econômico e financeiro.**

14. Nesse entendimento, “a acréscimos de encargos ou mutações de condições de funcionamento do serviço que se reflitam sobre a equação patrimonial hão de corresponder as compensações pecuniárias restauradoras do equilíbrio inicial” em favor do concessionário.

...

2.2 A política tarifária em casos de alterações tributárias

...

22. A doutrina tem reconhecido que o incremento de carga tributária, mesmo que prevista indistintamente a toda a coletividade, quando repercutir na concessão outorgada também enseja revisão tarifária por constituir uma **espécie de álea extraordinária** que foge do controle e da gerência do concessionário. Tem-se, para esses casos, configurado o **Fato do Príncipe**.

23. A recomposição das tarifas diante do Fato do Príncipe tem por fundamento a **responsabilidade extracontratual do Estado, o princípio da isonomia ou mesmo o “princípio da partilha das cargas públicas”**, tendo em vista que sua repercussão no mundo jurídico não se dirige especificamente a um contrato ou a um concessionário em particular, mas sim a toda coletividade, podendo ensejar, por via indireta, a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

...

2.4 Tratamento hoje cabível para o tema – Revisão Tarifária Extraordinária

34. Diante desse quadro fático e normativo, a alteração tributária promovida no PIS/PASEP e na COFINS, por ter gerado impacto nos contratos de concessão, merece ser revista a fim de que as tarifas absorvam os efeitos modificativos do equilíbrio econômico-financeiro, sem para majorá-las ou minorá-las.

35. É que conforme discorrido nos tópicos anteriores, **a alterações na carga fiscal que repercute na concessão outorgada deve manter caracteres de neutralidade quando ao equilíbrio econômico-financeiro acertado quando da celebração dos contratos de concessão.** É que não é admissível que tributos possam gerar variações positivos (lucros) ou negativas (incrementos de ônus) para os concessionários que acordaram em prestar um serviço em colaboração com o Poder Público.

...

2.5 – Análise da proposta da SER/SFF sobre alteração do repasse tarifário

37. Para enfrentar essa nova realidade, as áreas técnicas da ANEEL sugerem “não ter mais que incluir nas tarifas de energia elétrica o valor do PIS/PASEP e da COFINS, ficando a cargo dos agentes incluir tais valores nas faturas de energia elétrica, a exemplo do que ocorre com o ICMS”.

...

B) O Regime tarifário pelo preço

56. É que, ao se possibilitar a apartação desses tributos do repasse tarifário, as competências homologatórias da ANEEL na fixação da tarifa deixarão de ser feitas com base na análise **contábil dos custos dos concessionários** – típica do regime pelo custo e sujeitas à assimetria de informação.

57. A ANEEL não terá, portanto, que mensurar e analisar, previamente, comportamentos que os concessionários terão que adotar no trato de suas obrigações tributária para conferir **repasse tarifário à composição de suas novas receitas requeridas para os próximos períodos tarifários.**

...

III. CONCLUSÃO

74. Ante todo o exposto, conclui-se 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.
(destaques originais)

A partir desde momento, observa-se que o Parecer em questão, ao concluir pela possibilidade jurídica e legalidade do repasse dos valores referentes à contribuição do PIS/Pasep e da COFINS, adotou as seguintes premissas:

- 1 - necessidade de manter uma política energética que assegure a qualidade do serviço prestado;
- 2 - necessidade de constante manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão;
- 3 - alteração da sistemática de apuração e arrecadação do PIS/Pasep e da COFINS, de “cumulativo” para “não cumulativo”;
- 4 - a majoração das alíquotas do PIS/Pasep e da COFINS, respectivamente, de 0,65% e 3,00% para 1,65% e 7,6%;
- 5 – condição de excluir o PIS/Pasep e da COFINS na composição da tarifa de energia.

Em suma, opinou-se no sentido de que os custos financeiros referente ao PIS/Pasep e à COFINS deixariam de ser computados na composição da tarifa de energia elétrica homologada pela ANEEL, cabendo às concessionárias de energia elétrica inseri-las diretamente na conta de energia elétrica dos consumidores finais, mantendo-se assim o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

4. Da legalidade do repasse dos custos relativos aos tributos PIS/Pasep e da COFINS diretamente aos consumidores finais de energia elétrica

Inicialmente, tem-se que ter em mente que, à luz da Lei n.º 9.427/1996, a fixação das tarifas públicas do serviço de energia elétrica é de competência exclusiva da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a qual tem por finalidade precípua a regulamentação e fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em todo o território nacional.

Por sua vez, em face das alterações advindas na legislação tributária, cujos impactos foram demonstrados através de Nota Técnica (*Op. cit.*), adotando-se ainda como base as premissas expostas em Parecer técnico (*Op. cit.*), a ANEEL passou a homologar as tarifas de energia elétrica sem levar a feito o impacto do PIS/Pasep e da COFINS, e, para garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, passou a autorizar, individualmente, a inclusão dos referidos tributos no valor final da energia elétrica, tal como já vinha procedendo em relação ao ICMS.

Por oportuno, é imperioso atentar que **a adoção de tal procedimento foi precedido de Audiência Pública¹ promovida pela ANEEL**, na qual se garantiu a participação de “consumidores e agentes do setor de energia elétrica e demais interessados” com o seguinte objetivo:

Obter subsídios e informações adicionais para o aprimoramento de ato regulamentar a ser expedido pela ANEEL, que estabelece metodologia de cálculo para as concessionárias, permissionárias e autorizadas de distribuição, visando a adição à tarifa de energia elétrica homologada pela ANEEL dos percentuais relativos ao PIS/PASEP e a COFINS e critérios de apuração dos impactos financeiros provocados pela majoração das alíquotas e da forma de apuração dos mencionados tributos.

¹ Aviso de Audiência Pública, Minuta de Resolução e Nota Técnica disponível no site da ANEEL através do link http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaDetalhe.cfm?attAnoAud=2005&attIdeFasAud=163&id_area=13

A bem da verdade, tal metodologia se insere dentro da **política tarifária** estabelecida pela ANEEL, a qual é empregada como **alternativa à majoração das tarifas de energia elétrica, evitando assim práticas invasivas daquela Agência Reguladora em matéria de competência de outros órgãos públicos ou na própria gestão da concessionária**, sem, entretanto, que isto afete o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Observa-se mais que **tal medida não causou nenhum prejuízo aos consumidores finais**, mormente que, além de excluir o PIS/Pasep e a COFINS da composição da tarifa de energia elétrica, importou em atribuir **maior transparência quanto aos tributos pagos pelos mesmos, dispondo este de informações claras e adequadas sobre os custos que compõem o serviço de fornecimento de energia elétrica**.

Por outra via, tem-se ainda que a metodologia empregada pela ANEEL não enseja qualquer espécie de enriquecimento sem causa por parte das concessionárias de energia elétrica, mas tão somente manter a equação econômica-financeira do contrato, preservando assim as “condições efetivas da proposta” (*ex vi* do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal).

Todavia, consumidores (e associações) de todo o país estão ingressando com ações judiciais questionando tal repasse sustentando, em breve síntese, que o mesmo seria abusivo, sobretudo considerando que os referidos tributos são de responsabilidade das próprias concessionárias, de modo que estes não poderiam repassá-los aos seus consumidores finais.

Contudo, conforme já exposto em linhas anteriores, não há o que se mensurar em qualquer ilegalidade neste sentido, mormente que

(i) sob a óptica econômica, **os tributos PIS/Pasep e a COFINS repercutem no preço final do serviço de fornecimento de**

energia elétrica, de modo que as parcelas relativas à tais encargos eram inseridas na composição da tarifa de energia elétrica homologada pela ANEEL;

(ii) nos anos de 2003 e 2004, respectivamente, **os tributos PIS/Pasep e a COFINS tiveram suas alíquotas majoradas de 0,65% e 3% para 1,65% e 7,6%;**

(iii) paralelamente, os referidos tributos passaram a incidir de forma não-cumulativa, resultando assim em “uma série de variáveis que contornam o real impacto decorrentes das alterações promovidas pelos mencionados dispositivos legais [Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003]”.

Sendo assim, adveio a **necessidade de se promover o reequilíbrio econômico-financeiro** do contrato de concessão pública, conforme reconhecido em Parecer (*Op. cit.*) emitido pela Procuradoria Federal na ANEEL.

Desta forma, depois de acurada análise técnica e jurídica, a ANEEL resultou por adotar a seguinte metodologia:

(iv) as tarifas referentes ao serviço público passaram a ser homologadas sem mensurar o impacto econômico-financeiro decorrentes da majoração da alíquota do PIS/Pasep e da COFINS e da adoção da sistemática de não-cumulatividade; e, sucessivamente,

(v) autorizou, individualmente, a inclusão dos referidos tributos no valor final da energia elétrica.

De tal sorte, **tal metodologia não impactou a conta de energia** paga pelos consumidores finais, posto que, em termos práticos, **os custos financeiros referentes ao PIS/Pasep e à COFINS continuam sendo arcados por estes**, só que agora de forma direta, e não mais indireta (inserida no valor da tarifa de energia).

Sobre o tema, o **Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba** (2009) acordou no sentido de que **“não é ilegal a inclusão do valor das constrações PIS e da COFINS no valor das faturas mensais referente à prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica”**, conforme Ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. **REPASSE DO PIS E DA COFINS NAS FATURAS MENSAS.** CUSTO DO SERVIÇO. TRANSFERÊNCIA ECONÔMICA DOS ENCARGOS TRIBUTÁRIOS. **LEGALIDADE.** ANTECIPAÇÃO DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. PROVIMENTO.

- Nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, a concessão da tutela antecipada exige a prova inequívoca da verossimilhança da alegação e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

- **Não é ilegal a inclusão do valor das contribuições PIS e da COFINS no valor das faturas mensais referentes à prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica, pois os encargos financeiros tributários da concessionária podem ser incluídos no valor da tarifa, quando comprovado seu impacto, nos termos do artigo 9º, §3º, da Lei n.º 8.987/95.** Ponderação por meio da qual se conclui pela ausência da verossimilhança das alegações.
(destacamos)

No mesmo sentido, o **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** (2009) consolidou o entendimento segundo o qual **“a carga tributária relativa ao PIS/COFINS pode ser repassada aos consumidores, que são os contribuintes de fato e devem arcar com tais custos”**, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA E DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PIS E COFINS REPASSADOS NAS FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA. TUTELA ANTECIPADA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. ART. 273 DO CPC.

Tratando-se de mera transferência econômica do custo do serviço, a carga tributária relativa ao PIS/COFINS pode ser repassada aos consumidores, que são os contribuintes de fato e devem arcar com tais custos, permanecendo inalterada a relação jurídico-tributária entre a concessionária e a União.

Inteligência do art. 9º da Lei nº 8.987/95.

Uniformização de Jurisprudência nº 70018180281, da 1ª Turma Cível desta Corte.

Precedentes do STJ, TJRS.

Não atendidos, desta forma, os requisitos do artigo 273 do CPC para a concessão da tutela antecipada, porque ausente a verossimilhança do direito alegado, impõe-se a manutenção da decisão agravada.

Agravo de instrumento a que se nega seguimento.

(destacamos)

Em termos gerais, o foco jurídico da questão reside tão somente na possibilidade jurídica da **repercussão econômica do PIS/Pasep e da COFINS** como forma de **manter o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias** em face às alterações na legislação tributária referente a tais tributos, nos termos a que aludem o artigo 9º, §§ 2º e 3º, da Lei n.º 8.987/1995.

Mais do que um aspecto meramente jurídico, o **impacto das referidas Contribuições Sociais na fatura de energia elétrica** foi de-

monstrado através de estudo técnico pontual, encargos estes que anteriormente eram incluídos na tarifa de energia elétrica.

5. Conclusão

Em face das alterações advindas na sistemática de arrecadação do PIS/Pasep e da COFINS ocasionadas pelas Leis n.ºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, as quais também majoraram as alíquotas dos respectivos tributos, resultando assim na elevação da carga tributária no setor energético, conforme demonstrado em estudos técnicos elaborados pela ANEEL.

A princípio, tais encargos já eram levados a efeito pela referida Agência Reguladora por ocasião da tarifa de energia elétrica, sendo que, em razão da sistemática da não-cumulatividade, a base de cálculos dos referidos tributos se tornou variável, “o que fatalmente implica apurações dos tributos (PIS/Pasep e COFINS) diferentes mês a mês” (Nota Técnica, 2005), o que ensejaria em inúmeros pedidos de revisão de tarifa.

Dentro do contexto, por razões técnicas, as tarifas de energia elétrica passaram a ser homologadas sem levar em consideração a alíquota efetiva PIS/Pasep e da COFINS, ficando, outrossim, as concessionárias de energia elétrica autorizadas em ato específico a proceder com a inclusão dos referidos tributos no valor final da energia elétrica.

De tal sorte, verifica-se que **inexiste qualquer espécie de injuridicidade em tal procedimento**, haja vista que este visa tão somente restabelecer as “condições efetivas da proposta”, conforme disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e artigo 9º, §§ 2º e 3º, da Lei n.º 8.987/1995.

Referências bibliográficas

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 12^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica. Nota Técnica n.º 126/2004-SFF/SRE/ANEEL. *Impacto da majoração das alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS*. Brasília: Superintendências de Fiscalização Econômica e Financeira e Regulação Econômica, ANEEL, 17 Set. 2004, 15 páginas.

_____. Parecer n.º 324/2004-PF/ANEEL. *Alteração da sistemática de repasse de cobertura tarifária para os custos decorrentes do recolhimento de PIS/PASEP e da COFINS*. Brasília: Procuradoria Federal, ANEEL, 26 Nov. 2004, 22 páginas.

_____. Nota Técnica N.º115/2005-SFF/SRE/ANEEL. *Promoção de Audiência Pública para obtenção de subsídios e de informações adicionais para definição da metodologia para as concessionárias, permissionárias e autorizadas de distribuição adicionarem à tarifa de energia elétrica homologada pela ANEEL os percentuais relativos ao PIS/PASEP e a COFINS*. Brasília: Superintendências de Fiscalização Econômica e Financeira e Regulação Econômica, ANEEL, 18 Abr. 2005, 7 páginas.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 02 Set. 2009.

_____. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 28 Ago. 2009.

_____. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Congresso Nacional. Disponível em: <[http://www. Planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm)>. Acesso em: 28 Ago. 2009.

_____. Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Congresso Nacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427compilada.htm>. Acesso em 28 Abr. 2009.

_____. Lei n.º 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. Congresso Nacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10637compilado.htm>. Acesso em 15 Set. 2009.

_____. Lei n.º 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. Congresso Nacional. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.833compilado.htm>. Acesso em 15 Set. 2009.

BRITO, Vítor Ferreira Alves de. PIS e COFINS na tarifa de energia elétrica. *Valor*, Rio de Janeiro, 19 ago. 2009. Caderno Legislação & Tributos, p. E-2.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos (Comentários às leis n.ºs 8.987 e 9.074, de 1995)*. São Paulo: Dialética, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PARAÍBA (Estado da). Tribunal de Justiça: 2ª Câmara Cível. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. REPASSE DO PIS E DA COFINS NAS FATURAS MENSAS. CUSTO DO SERVIÇO. TRANSFERÊNCIA ECONÔMICA DOS ENCARGOS TRIBUTÁRIOS. LEGALIDADE. ANTECIPAÇÃO DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. PROVIMENTO. Agravo de Instrumento n.º200.2009.010.969-1/001. Relator: Carlos Eduardo Leite Lisboa, j. 28/07/2009.

PIRES, José Cláudio Linhares, PICCININI, Maurício Serrão. Modelos de regulação tarifária do setor elétrico. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, jun. 1998.

RIO GRANDE DO SUL (Estado do). Tribunal de Justiça: 22ª Câmara Cível. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA E DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PIS E COFINS REPASSADOS NAS FATURAS DE energia elétrica. TUTELA ANTECIPADA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. ART. 273 DO CPC. Agravo de Instrumento n.º 70031684764. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 13/08/2009.