



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	CC02/C02 Fls. 917
Brasília, 29 / 10 / 09	
<i>Lauda</i>	

Processo nº 10380.001225/2007-94  
Recurso nº 150.519 Voluntário  
Matéria AI - PIS/Cofins  
Acórdão nº 202-19.497  
Sessão de 02 de dezembro de 2008  
Recorrente CGTF CENTRAL GERADORA TERMELÉTRICA FORTALEZA S/A  
Recorrida DRJ em Fortaleza - CE

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA  
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Ano-calendário: 2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADES.  
INOCORRÊNCIA.

Inocorrendo os vícios que caracterizariam a nulidade, é de se afastar as preliminares, prosseguindo-se na apreciação do mérito.

PREÇO PREDETERMINADO. CONTRATOS FIRMADOS ANTES DE 31 DE OUTUBRO DE 2003.

Consideram-se contratos com preço predeterminado aqueles com preço fixado em moeda nacional, como remuneração pela totalidade do objeto do contrato, por unidade de produto ou por período de execução.

As receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31/10/2003, com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços, permanecem sujeitas à incidência cumulativa da Cofins até a implementação da primeira alteração de preços decorrente da aplicação de cláusula contratual de reajuste, periódico ou não, ou de regra de ajuste para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos dos arts. 57, 58 e 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Reajuste de preço, efetuado após 31/10/2003, só não descaracteriza o caráter predeterminado do preço para fins de aplicação do art.10, XI, da Lei 10.833, de 2003, conforme prescrição do art.109 da Lei 11.196, de 2005, e do art.3º, §3º, da IN SRF nº 658/2006, se efetivado apenas em função do custo de produção ou em percentual não superior àquele correspondente à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069, de 1995.

*[Assinaturas]*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 29 / 10 / 09  
*Lauda*

CC02/C02  
Fls. 918

Não sendo esta a situação, as receitas advindas destes contratos sujeitam-se, a partir da data do reajuste, ao regime de não-cumulatividade da contribuição para o PIS e da Cofins.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**

Ano-calendário: 2004

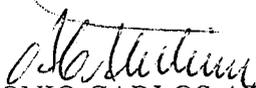
DECORRÊNCIA.

Se questão específica não foi impugnada, ao lançamento da contribuição para o PIS aplica-se o decidido em relação à Cofins, formalizada com base na mesma motivação.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar (Relator), Antônio Lisboa Cardoso, Domingos de Sá Filho e Maria Teresa Martínez López, que votaram no sentido de considerar que as receitas tributadas pela fiscalização deveriam permanecer no regime cumulativo. Designado o Conselheiro Antonio Zomer para redigir o voto vencedor. Fez sustentação oral o Dr. Luis Henrique Barros de Arruda, OAB/RJ nº 85.746, advogado da recorrente.

  
ANTÔNIO CARLOS ATULIM

Presidente

  
ANTÔNIO ZOMER

Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nadja Rodrigues Romero e Carlos Alberto Donassolo (Suplente).

## Relatório

Trata-se de autos de infração de PIS e de Cofins, lavrados em 12/02/2007, relativos aos períodos entre novembro de 2003 e novembro de 2004.

O auto decorre de diferenças constatadas entre os valores declarados e os valores escriturados, do que acarretou o presente lançamento.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 29, 10, 09
<i>Carvalho</i>

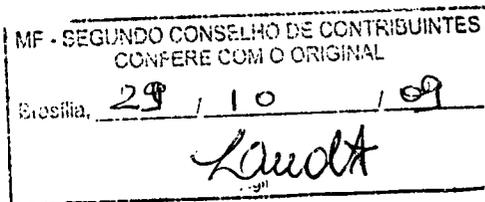
CC02/C02 Fls. 919
----------------------

A contribuinte apresentou impugnação, na qual alega que:

- inexistência a divergência constatada, porque a fiscalização simplesmente confrontou as DCTF com a ficha 25 da DIPJ referente aos anos-calendários de 2003 e 2004;
- não há nos autos pedido de informação ou similar, nem análise de livros da escrituração da contribuinte;
- os valores informados na DCTF são exatamente iguais aos escriturados pela impugnante em conta de despesa;
- o objeto social da recorrente é a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, e este bem é integralmente adquirido pela única concessionária do Estado do Ceará, com contratos de duração igual a 20 anos e preços pré-determinados;
- além de receitas financeiras, as únicas receitas operacionais decorrem da venda de energia elétrica;
- as receitas financeiras estão sujeitas ao regime de não-cumulatividade e as operacionais ao regime cumulativo;
- a contribuinte admite os seguintes erros: em novembro de 2003, mesmo estando em fase pré-operacional, comercializou energia elétrica sem informar na DCTF; em 2004 incluiu todas as suas receitas no regime cumulativo, o que é um equívoco; em 2005 apresentou DIPJ que corrige a situação anterior;
- a fiscalização nada auditou, limitando-se a comparar as DCTF com as DIPJ;
- a impugnante retificou as DCTFs e está providenciando a retificação da DIPJ de 2004;
- simultaneamente, recolheu integralmente as parcelas pagas de forma cumulativa sobre suas receitas financeiras;
- a impugnação versa somente sobre as receitas de venda de energia elétrica, devidas sob o regime cumulativo, tendo havido pagamento;
- o contrato firmado prevê que o preço é pré-determinado, sem que seus reajustes o descaracterizem como tal;
- a questão dos preços pré-determinados não está sendo discutida aqui, na medida em que a autuação decorre da escrituração de despesas (provisões) com as contribuições em valores maiores do que os declarados e recolhidos;
- foram desconsiderados os pagamentos em outubro e novembro de 2004.

Remetidos os autos à DRJ em Fortaleza - CE, o lançamento foi parcialmente mantido, em decisão assim ementada:

*"PIS. COFINS. CONTRATOS FIRMADOS ANTES DE 31 DE OUTUBRO DE 2003. PREÇO PREDETERMINADO. Consideram-se*



*como contratos com preço predeterminado aqueles com preços fixados em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato, por unidade de produto ou por período de execução.*

*As receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31/10/2003, com prazo superior a 1(um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços permanecem sujeitas à incidência cumulativa da Cofins até a implementação da primeira alteração de preços decorrente da aplicação de cláusula contratual de reajuste, periódico ou não, ou de regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos dos arts. 57, 58 e 65 da Lei n. 8.666/93.*

*Reajuste de preço, efetuado após 31/10/2003, apenas se efetivado em função do custo de produção ou em percentual de índice não superior àquele correspondente à variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do parágrafo 1º do art. 27 da Lei n. 9.069, de 1995, não descaracteriza o caráter predeterminado do preço para fins de aplicação do art. 10, XI, da Lei 10.833, de 2003, conforme prescrição do art. 109 da Lei 11.196, de 2005, e do art. 3º parágrafo 3º da IN SRF 658/2006.*

*PIS. COFINS. A falta ou insuficiência de recolhimento da contribuição, sem a efetivação da 'confissão de dívida' em DCTF, constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração para a constituição do crédito tributário.*

*Lançamento Procedente em Parte."*

Dessa decisão recorreu a contribuinte.

É o Relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro GUSTAVO KELLY ALENCAR, Relator

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, do recurso conheço.

Inicialmente, quanto às preliminares de nulidade, apontadas, vejamos:

- da nulidade pelo fato de não terem sido apreciados todos os argumentos da **impugnação**.

A DRJ entendeu que a legislação tributária esclarece e esgota o tema, e que, no caso, as receitas da contribuinte se submetiam à incidência não-cumulativa das contribuições, por força de lei. Partindo desta premissa, decidiu. Logo, não se trata de omissão, mas sim de julgamento regularmente efetuado.

A fiscalização tributária não deve obrigatoriedade ao órgão Regulador, razão pela qual é de se afastar a nulidade apontada.

- da nulidade por haver modificação dos fundamentos do lançamento sem **permitir o contraditório e a ampla defesa**.

A

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 29 / 10 / 07
<i>Haroldt</i>

Incorre alteração na fundamentação, mas tão-somente a explicação e o desdobramento da mesma, para fins de esclarecimento. A divergência de aplicação nos regimes, cumulatividade e não-cumulatividade, resultou em discrepâncias, mais tarde corrigidas, na DIPJ e nas DCTF. Daí o lançamento.

Por tal, afasto as preliminares apontadas e passo ao mérito.

É fato incontroverso que a autuação decorre de diferenças apontadas entre as DIPJ e as DCTF elaboradas e apresentadas pela recorrente. Também é incontroverso que as primeiras foram elaboradas tomando-se por base o regime não-cumulativo do PIS e da Cofins e que as DCTF, por sua vez, foram elaboradas tomando-se por base o regime cumulativo das contribuições.

A pergunta então a ser feita é: a qual regime estão sujeitas as receitas de venda de energia elétrica efetuadas pela recorrente?

Para que as receitas sejam tributadas de forma cumulativa é mister que sejam preenchidos os seguintes requisitos:

*"IN SRF 685/2006*

*Do Regime de Incidência*

*Art. 2º Permanecem tributadas no regime de cumulatividade, ainda que a pessoa jurídica esteja sujeita à incidência não-cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003:*

*(...)*

*II - com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços;*

*III - de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços contratados com pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, bem assim os contratos posteriormente firmados decorrentes de propostas apresentadas em processo licitatório até aquela data; e*

*(...)*

*Do Preço Predeterminado*

*Art. 3º Para efeito desta Instrução Normativa, preço predeterminado é aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato.*

*§ 1º Considera-se também preço predeterminado aquele fixado em moeda nacional por unidade de produto ou por período de execução.*

*§ 2º Ressalvado o disposto no § 3º, o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação, após a data mencionada no art. 2º, da primeira alteração de preços decorrente da aplicação:*

*I - de cláusula contratual de reajuste, periódico ou não; ou*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 29 / 10 / 09
<i>Luiz A</i>

CC02/C02 Fls. 922
----------------------

*II - de regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos dos arts. 57, 58 e 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*

*§ 3º O reajuste de preços, efetivado após 31 de outubro de 2003, em percentual não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, não descaracteriza o preço predeterminado.”*

Vejam os um a um:

- o contrato foi firmado anteriormente a 31/10/2003;
- possui duração superior a um ano;
- prevê o reajuste com base no critério estabelecido pela ANEEL, qual seja:

*“Cláusula 6.3 Fórmula de Reajuste.*

*A fórmula de reajuste dos preços será determinada com base na Resolução ANEEL nº 22/01 e nº 256/2001, com fatores:*

*K1: valor igual a 0,25 (vinte e cinco centésimos);*

*K2: valor igual a 0,45 (quarenta e cinco centésimos); e*

*K3: valor igual a 0,30 (trinta centésimos).*

*Parágrafo Primeiro: A fórmula de reajuste para o Preço de Energia considera que a fórmula de reajuste do preço do gás a ser adquirido pela CGT FORTALEZA é o valor fixado na Portaria Interministerial MME/MF/nº 176, de 4 de junho de 2001 de US\$ 2,581/MMBtu, com base em junho de 2001.*

*Parágrafo Segundo - O primeiro reajuste será efetuado na Data Inicial de Fornecimento. Os reajustes seguintes serão efetuados no dia 22 de abril de cada ano.”*

O ponto então é se o reajuste, na forma em que foi contratado, mantém ou afasta o caráter de preço predeterminado.

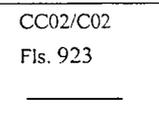
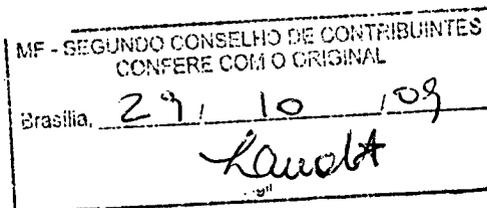
Não se discute que o reajuste – leia-se correção monetária – não afasta esta noção, como a própria IN SRF nº 685/2006 prevê no § 3º de seu art. 3º, mas a questão é saber se a forma de reajuste se amolda às disposições legais e infralegais aplicáveis.

Da análise da Resolução ANEEL nº 22, de 1º de fevereiro de 2001, verifica-se que os Valores Normativos constantes de seu anexo, a que se reporta a Resolução ANEEL nº 256/2001, são calculados levando-se em consideração o Índice Geral de Preços ao Mercado – IGPM, estabelecido pela Fundação Getúlio Vargas, fls. 835/836, e que os fatores constantes da Cláusula 6.3 do Contrato são, fl. 836:

*“K1 = fator de ponderação do índice IGP-M;*

*K2 = fator de ponderação do índice de combustíveis;*

*K3 = fator de ponderação do índice de variação cambial.”*



Verifica-se, pois, que os reajustes e a revisão de preços dispostos no Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica, e seus Aditivos, anexos aos autos, baseiam-se em índices que captam a variação geral (IGPM), setoriais (combustíveis) e cambiais, dos preços praticados; índices esses que levam em conta a recuperação do efeito inflacionário, que, por óbvio, afetam o custo dos insumos utilizados.

Ora, o § 3º do já mencionado art. 3º prevê que o reajuste de preços, efetivado após 31 de outubro de 2003, não deverá ser superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995.

No caso, trata-se de termelétrica, ou seja, o combustível é o gás, razão pela qual o fator K2 é de inquestionável validade; o IGP-M retrata a correção monetária, como também o é o índice K3.

Logo, pelo exposto, entendo que o reajuste, tal e qual foi fixado, não afasta o caráter de preço predeterminado. As variações de preço, aprovadas pela ANEEL, visam reajustar de forma lícita o preço a ser pago.

Inclusive a própria ANEEL compartilha deste entendimento, como se vê na Nota Técnica nº 224/2006 - SFF/ANEEL, que cuida exatamente deste tema:

*“Nota Técnica nº 224 / 2006–SFF/ANEEL*

*Em 19 de junho de 2006.*

*Assunto: Avaliação da incidência das Contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS sobre as receitas decorrentes de contratos assinados em data anterior a 31/10/2003, nos termos do art. 10, inciso XI, e art. 15 da Lei nº 10.833/2003, c/c art. 109 da Lei nº 11.196/2005.*

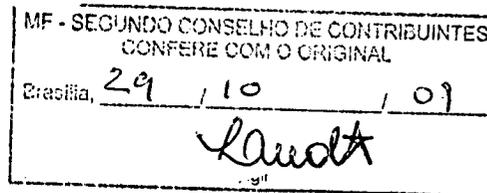
### **I. DO OBJETIVO**

*Esta Nota Técnica tem por objetivo apresentar o entendimento desta Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira – SFF/ANEEL em relação à incidência das Contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS sobre as receitas decorrentes dos Contratos de Suprimento de Energia Elétrica (sejam Contratos Iniciais ou Contratos Bilaterais), bem como sobre as receitas decorrentes dos Contratos de Concessão do Serviços Público de Transmissão, arrecadadas via Contratos de Uso do Sistema de Transmissão – CUST; todos eles firmados em datas anteriores a 31 de outubro de 2003. Pretende-se, ao final, apresentar o entendimento desta SFF quanto ao regime jurídico tributário a ser aplicado (cumulatividade ou não-cumulatividade) a tais receitas.*

### **II. DA ANÁLISE**

*(...)*

*9. A segunda modalidade de exclusão, esta de caráter objetivo, mantém determinadas receitas (vide art. 8º, VII, VIII, XI da Lei nº 10.637/2002 e art. 10, VII a XXVI da Lei nº 10.833/2003) sujeitas ao regime cumulativo. Nesta modalidade, a exclusão do regime não-cumulativo não é da pessoa jurídica em si, mas apenas das receitas decorrentes das atividades listadas na própria lei. Dessa forma, a pessoa jurídica*



*poderá ter receitas decorrentes de atividades sujeitas ao regime não-cumulativo e outras decorrentes de atividades sujeitas ao regime cumulativo. É que as receitas não operacionais e outras receitas operacionais não relacionadas na lei ficaram sujeitas ao regime não-cumulativo do PIS/PASEP e da COFINS.*

*10. Nesse sentido, confira-se o quanto estabelecido pelo art. 10, XI da Lei nº 10.833/2003:*

*'Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:*

*(...)*

*XI – as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003:*

*(...)*

*b) com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços; (grifamos)*

*c) de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços contratados com pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, bem como os contratos posteriormente firmados decorrentes de propostas apresentadas, em processo licitatório, até aquela data;’ (grifamos)*

*11. Relevante registrar que o art. 15 da Lei nº 10.833/2003, seja na redação original seja na redação dada pelas Leis nos 10.865/2004, 11.051/2004 e 11.196/2005, estendeu ao PIS/PASEP a aplicação das disposições do art. 10, inciso XI, acima transcrito, ao estabelecer que:*

*'Art. 15. Aplica-se à contribuição para o PIS/PASEP não-cumulativa de que trata a Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, o disposto:*

*(...)*

*V – nos incisos VI, IX a XXVII do caput e nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei;’*

*12. Portanto, desde de 1º de fevereiro de 2004 (Nos termos do art. 93, I, da Lei nº 10.833/2003), as receitas decorrentes do fornecimento de bens e serviços cujos contratos tenham sido firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, não estão sujeitas ao regime da não-cumulatividade, no qual as alíquotas são de 1,65% (PIS/PASEP) e 7,6% (COFINS).*

*Ao contrário, tais receitas permanecem sujeitas às normas da legislação do PIS/PASEP e da COFINS vigentes anteriormente as Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º destas mesmas leis, ou seja, as receitas destes contratos permanecem no regime cumulativo, cujas alíquotas são de 0,65% (PIS/PASEP) e 3% (COFINS), nos termos da Lei nº 9.718/1998.*

*13. Nada obstante, há que se observar que o citado art. 10, XI, da Lei nº 10.833/2003, estabelece algumas exigências para que estes*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 29 / 10 / 09
<i>Lauro</i>

*contratos, assinados anteriormente a 31 de outubro de 2003, permaneçam no regime cumulativo e continuem sendo tributados a uma alíquota de 0,65% para o PIS/PASEP e 3,00% para a COFINS. Uma das exigências é que o contrato seja de fornecimento de bens ou serviços, sendo que não pairam dúvidas sobre o conceito de 'bem móvel' conferido à energia elétrica pela legislação civil e tributária.*

*14. Com efeito, a noção jurídica de bem móvel envolve as coisas materiais ou imateriais que têm valor econômico e que podem servir de objeto a uma relação jurídica. Nesse sentido, a lição de Orlando Gomes ao classificar a energia elétrica como bem incorpóreo, ou seja, aquele que não tendo existência material, pode ser objeto de uma relação jurídica (Orlando Gomes. Introdução ao direito civil. 15ª ed. (atualizada por Humberto Theodoro Junior) Rio de Janeiro. Forense, 2000, pág. 212).*

*15. Nesse sentido, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o (novo) Código Civil, imputa à energia elétrica a natureza jurídica de bem móvel consumível:*

*'Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:*

*I – as energias que tenham valor econômico;*

*(...)*

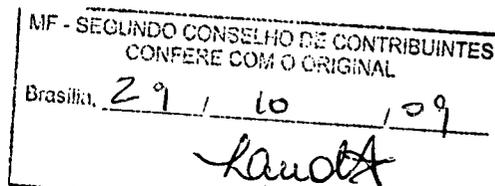
*Art. 86. São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação.'*

*16. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já consagrou que, pela nova ordem constitucional, para fins tributários, energia elétrica é mercadoria. A própria Secretaria da Receita Federal – SRF, pela Instrução Normativa Conjunta nº 03/1997, que definia a retenção de impostos e contribuições a serem efetuados por órgãos públicos, classificava a energia elétrica como mercadoria. O entendimento foi mantido na IN SRF nº 306/2003 e IN SRF nº 480/2004, que dispõem sobre a retenção de tributos e contribuições nos pagamentos efetuados a pessoas jurídicas por órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal, ao incluir a energia elétrica como o segundo item da coluna "01 – NATUREZA DO BEM FORNECIDO OU DO SERVIÇO PRESTADO", do Anexo I.*

*17. O Código Tributário Nacional, em seu art. 74, § 1º, quando da vigência do IUEE – Imposto Único sobre Energia Elétrica, estabelecia que: 'Para os efeitos deste imposto, a energia elétrica considera-se produto industrializado'.*

*18. A Superintendência Regional da Receita Federal da 9ª Região Fiscal, na Solução de Consulta nº 89, de 12 de abril de 2004, no seu item 13 assim concluiu:*

*'13. Tendo isso em mente, podemos iniciar dizendo que, segundo entendemos, a venda de energia elétrica de que ora se trata é classificável como fornecimento de bem ou serviço. Isto em decorrência de que: (1) o art. 83, inc. II, do Código Civil de 2002, na esteira do que já entendia a doutrina sob a vigência do Código Civil de*



1916, diz que são bens móveis 'as energias que tenham valor econômico'; (2) a própria Lei nº 9.074/95, ao tratar da venda de energia elétrica por produtor independente, denomina-a 'fornecimento' (arts. 12, inc. V, e 15).

Assim sendo, quisesse o legislador excluir os contratos de venda de energia elétrica do disposto no arts. 10, inc. XI, b, e 15 da Lei nº 10.833/2003, teria que tê-lo feito expressamente, o que não aconteceu."

19. Já as demais exigências contidas no art. 10, XI, da Lei nº 10.833/2003, encontram-se relacionadas abaixo:

1) a alínea 'b' possui duas exigências:

a) que o prazo seja superior a 1 (um) ano; e

b) que o preço seja predeterminado.

2) a alínea 'c', que se aplica ao fornecimento de bens ou serviços contratados com pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, possui apenas uma exigência, qual seja, que o preço seja predeterminado.

20. Considerando que a exigência relativa ao prazo contratual não enseja maiores dúvidas, sendo aferível mediante mera inspeção dos termos contratuais, o cerne da questão encontra-se na conceituação do que vem a ser preço predeterminado, portanto, vamos nos ater a essa exigência que se apresenta nas duas alíneas, acima citadas.

## II.2. DO PREÇO PREDETERMINADO

21. De início, cabe registrar que a Secretaria da Receita Federal – SRF vem adotando conceitos diferenciados para definir o que é considerado 'preço predeterminado'. Com efeito, a Instrução Normativa SRF nº 21, de 13 de março de 1979, que disciplina a aplicação do art. 10 do Decreto-lei nº 1.598/1977, para fins de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, assim conceituou 'preço predeterminado':

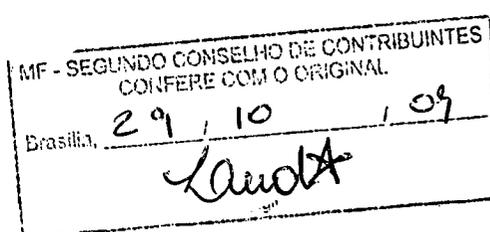
'3

Preço predeterminado – é aquele fixado contratualmente, sujeito ou não a reajustamento, para execução global: no caso de construções, bens ou serviços divisíveis, o preço predeterminado é fixado contratualmente para cada unidade.'

22. Tal conceito vinha sendo aplicado de forma indistinta às Contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS, seja face ao diferimento do pagamento dessas contribuições, previsto no art. 7º da Lei nº 9.718/1998, seja para fins de permanência no regime da cumulatividade das receitas dos contratos firmados anteriormente a 31/10/2003, nos termos estabelecidos no inciso XI, art. 10, da Lei nº 10.833/2003. Nesse sentido, impende destacar as seguintes Soluções de Consultas emitidas pela SRF:

'Solução de Consulta nº 103, de 19/09/2002, da 10ª Região Fiscal:

EMENTA: No caso de fornecimento de serviços, cujos preços, ainda que sujeitos a reajustamento, sejam previamente estipulados em



*contrato, e que o contratante seja pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, o contratado poderá beneficiar-se do diferimento a que se refere o art. 7º da Lei nº 9.718, de 1998, relativamente ao Pis/Pasep incidente sobre os valores recebidos do contratante.'*

*'Solução de Consulta nº 89 de 12/04/2004, da 9ª Região Fiscal:*

*EMENTA: As receitas derivadas de contratos de fornecimento de bens ou serviços, firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, com prazo superior a um ano e a preço predeterminado, sujeitam-se: ao Pis cumulativo, se auferidas até 30 de novembro de 2002 ou a partir de 1º de fevereiro de 2004; ao PIS não-cumulativo, se auferidas entre 1º de dezembro de 2002 e 31 de janeiro de 2004, desde que presentes todas as condições legais de aplicabilidade desse regime.*

*Fundamentos Legais:*

*(...)*

*17. Está claro, então, que o simples reajustamento de preço não impede que o contrato que o prevê seja qualificado como "a preço predeterminado". É que o reajustamento, segundo índices oficiais, não indetermina o preço, sendo certo, ademais, que o art. 10, inc. XI, b, da Lei nº 10.833/2003, fala em 'preço predeterminado' e não em "preço fixo'.*

*CONCLUSÃO*

*18. Conclui-se que às receitas decorrentes de contratos de vendas de energia elétrica firmados antes de 31 de outubro de 2003, com prazo superior a um ano, a preços previamente pactuados e definidos nos respectivos instrumentos contratuais, ainda que sujeitos a reajustamento, aplicam-se os arts. 10, inc. XI, b, e 15, da Lei nº 10.833/2003. Isso significa que: (1) as receitas auferidas até 30 de novembro de 2002 ou a partir de 1º de fevereiro de 2004 sujeitam-se ao PIS cumulativo; (2) as receitas auferidas entre 1º de dezembro de 2002 e 31 de janeiro de 2004 obrigam-se ao pagamento do PIS não cumulativo, desde que presentes todas as condições legais de aplicabilidade desse regime; (3) em todo o período, incide a Cofins cumulativa.'*

*'Solução de Consulta nº 38 de 28/05/2004, da 4ª Região Fiscal:*

*EMENTA: As receitas relativas a contratos para suprimento de energia elétrica, firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, entre empresa pública federal e produtora independente de energia, permanecem sujeitas às normas da legislação da Contribuição para o PIS/Pasep vigentes anteriormente à Lei nº 10.637, de 2002 (arts. 1º a 6º), com a redação dada pela Lei nº 10.685, de 2004, desde que o preço do serviço tenha sido predeterminado, ainda que o respectivo contrato preveja seu reajustamento.'*

*23. Nada obstante, a Secretaria da Receita Federal – SRF entendeu por bem editar nova Instrução Normativa, agora a de número 468, de 08 de novembro de 2004, dispondo sobre a Contribuição para o PIS/PASEP e a COFINS incidentes sobre as receitas relativas a*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 29 / 10 / 09


CC02/C02 Fls. 928
----------------------

*contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003. Ocorre que a IN SRF nº 486/2004 trouxe, em seu art. 2º, um novo conceito para 'preço predeterminado', específico para PIS/PASEP e COFINS, cuja aplicação, de forma pitoresca, faz retroagir a 1º de fevereiro de 2004, conforme previsto em seu art. 6º:*

*'Art. 2º Para efeito desta Instrução Normativa, preço predeterminado é aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato. (grifamos)*

*§ 1º Considera-se também preço predeterminado aquele fixado em moeda nacional por unidade de produto ou por período de execução.*

*§ 2º Se estipulada no contrato cláusula de aplicação de reajuste, periódico ou não, o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação da primeira alteração de preços verificada após a data mencionada no art. 1º.*

*§ 3º Se o contrato estiver sujeito a regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, nos termos dos arts. 57, 58 e 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o caráter predeterminado do preço subsiste até a eventual implementação da primeira alteração nela fundada após a data mencionada no art. 1º.'*

*24. Cabe registrar que a Instrução Normativa nº 468/2004, em seu art. 4º manteve o mesmo entendimento da IN SRF nº 21/79 ao considerar com prazo superior a 1 (um) ano os contratos com prazo indeterminado cuja vigência tenha prolongado por mais de 1 (um) ano da data em que foi firmado, aplicando-se aos mesmos o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 2º.*

*25. Relevante observar que, conquanto editada a IN SRF nº 486/2004, a já citada IN SRF nº 21/79 continuou em pleno vigor, como se pode observar da leitura Solução de Consulta RF/DISIT nº 47, de 31 de março de 2005 (portanto, posterior a publicação da IN SRF nº 486/2004), expedida pela Superintendência Regional da 10ª Região Fiscal, em resposta à consulta sobre a incidência do PIS/PASEP e da COFINS sobre contratos assinados anteriormente a 31/10/2003:*

*'7.2. Os arts. 407 a 409 do RIR/1999, que têm por matriz legal o art. 10 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, com alteração do art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 1.648, de 18 de dezembro de 1978, foram regulamentados pela Instrução Normativa SRF nº 21, de 13 de março de 1979, a qual continua em pleno vigor, conforme o disposto no art. 5º, incisos II e IV, da Instrução Normativa SRF nº 93, de 24 de dezembro de 1997, e ratificação da Instrução Normativa SRF nº 85, de 18 de agosto de 2000. (grifamos)*

*(...)*

*7.3. Assim, pode-se asseverar que a tributação do lucro auferido pela consulente, proveniente do fornecimento de energia elétrica... com base em contratos com prazo de vigência superior a um ano, nos termos do art. 409 do RIR/1999, observadas as condições dos arts. 407 e 408 desse Regulamento, poderá ser diferida até sua realização (recebimento da receita correspondente)...*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 29/10/09  
Laudt

8.1. *Considera-se preço predeterminado, para o fim de diferimento da CSLL, aquele definido no item 3.1 da Instrução Normativa SRF nº 21, de 1979, reproduzido no parágrafo 7.2.1, visto que se aplicam à CSLL as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecido para o IRPJ..'*

26. *Diante da nova conceituação de preço predeterminado, trazida pela a IN SRF nº 486/2004 exclusivamente para fins de PIS/PASEP e COFINS, tem-se que a existência de cláusula de reajuste no contrato seria causa de indeterminação do preço a partir do momento em que aplicado o reajuste, passando então a receita decorrente a ser submetida ao regime novo da não-cumulatividade. É, portanto, evidente o conflito entre a regulamentação existente (IN SRF nº 21/79 e IN SRF nº 486/2004). Percebe-se que a Secretaria da Receita Federal, mediante ato de natureza jurídica meramente complementar, nos termos do art. 100, I, do CTN, estabeleceu restrições e limitações que não se encontram previstas na Lei nº 10.833/2003. Dessa forma, hialina a violação ao princípio da legalidade, segundo o qual a atividade administrativa está condicionada à observância da lei, pois na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, não devendo sua atividade violar a lei, regulamento ou outro ato normativo.*

27. *Após a edição da referida IN SRF nº 486/2004, as soluções de consultas expedidas pelas Superintendências Regionais da Receita Federal, nas diversas Regiões Fiscais, passaram a ter o entendimento de que o caráter predeterminado do preço persistiria apenas até a data estipulada para o reajuste, sujeitando-se as receitas decorrentes do contrato, após essa data, à incidência não-cumulativa do PIS/PASEP e da COFINS. Nesse sentido, confira-se, "inter pluris":*

*'Solução de Consulta nº. 097, de 07/04/2005 – 10ª RF*

*EMENTA: Contratos de fornecimento de energia elétrica celebrados antes de 31 de outubro de 2003, com prazo superior a um ano e preço predeterminado, não estão sujeitos à incidência não-cumulativa da contribuição para o Pis/Pasep e Cofins. Preço predeterminado é aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato, ou fixado em moeda nacional por unidade de produto ou por período de execução. Os contratos que contenham cláusula de reajuste, ou de revisão para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, deixam de ser considerados a preço predeterminado a partir da data em que ocorrer a primeira revisão ou reajuste, posteriormente a 31 de outubro de 2003.'*

28. *No que se refere ao § 3º do art. 2º da IN SRF nº 468/2004, já transcrito anteriormente, o dispositivo prevê que se o contrato estiver sujeito a regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico financeiro, nos termos dos arts. 57, 58 e 65 da Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993, o caráter predeterminado do preço subsiste até a eventual implementação da primeira alteração nela fundada, após a data mencionada no art. 1º, ou seja, 31/10/2003. Tal dispositivo está de acordo com a motivação da inclusão do art. 10, XI, da Lei nº 10.833/03, pois este tipo de ajuste (revisão) permite às partes considerarem todos os custos e despesas (inclusive de natureza tributária) que onerem o novo preço. Nesse sentido, consulta*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 29 / 10 / 09
<i>Lowalt</i>

formulada por (Fls. 9 da Nota Técnica nº 224 / 2006-SFF/ANEEL, de 19 / 06 / 2006) produtor independente de energia elétrica, recebeu a seguinte resposta por meio da Solução de Consulta nº 6, de 09 de fevereiro de 2006:

*'EMENTA: Na espécie, as receitas relativas a contrato de fornecimento de bens ou serviços firmado anteriormente a 31 de outubro de 2003, cuja contratante é empresa pública federal, o qual estipula cláusula de revisão, para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, quando da majoração de tributos, continuam a submeter-se ao regime não-cumulativo da Contribuição para o PIS/Pasep, iniciado em 1º de dezembro de 2002, de vez que tal revisão desconfigura o caráter predeterminado do preço, ao contrário do simples reajuste deste, em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados. DISPOSITIVOS LEGAIS: arts. 57, 58 e 65 da Lei nº 8.666, de 1993, e alterações; art. 27, § 1º, II, da Lei nº 9.069, de 1995; arts. 10, XI, 'c', 15, V, e 93, I, da Lei nº 10.833, de 2003, e alterações; art. 109 da Lei nº 11.196, de 2005; art. 2º, § 3º, da IN SRF nº 468, de 2004.'*

*29. Com efeito, é hialino que seja em contratos privados, seja naqueles firmados com entes da Administração Pública, a revisão de preços (seja ela periódica ou para a eventual manutenção do equilíbrio econômico-financeiro) impõe, a partir de sua efetiva implementação, a submissão das receitas decorrentes à tributação pelo novo regime da não-cumulatividade das contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS.*

### **II.3. DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO ART. 109 DA LEI Nº 11.196/2005**

*30. Posteriormente, visando superar as perplexidades interpretativas inauguradas pela IN SRF nº 468/2004, foi publicada a Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, que dispõe sobre alterações na legislação tributária federal, sendo que seu art. 109 estabeleceu o quanto segue:*

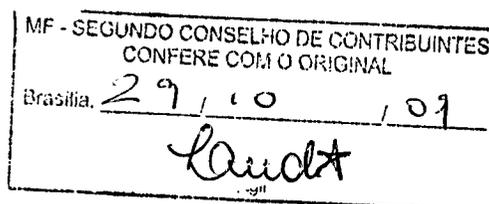
*'Art. 109. Para fins do disposto nas alíneas b e c do inciso XI do caput do art. 10 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, o reajuste de preços em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei 9.069, de 29 de junho de 1995, não será considerado para fins da descaracterização do preço predeterminado.*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se desde 1º de novembro de 2003.'*

*31. Por sua vez, o mencionado art. 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995 (Lei do Plano Real), estabelece que:*

*'Art. 27. A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária contraída a partir de 1º de julho de 1994, inclusive, somente poderá dar-se pela variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor, Série r - IPC-r.*

*§ 1º O disposto neste artigo não se aplica:*



(...)

(Fls. 10 da Nota Técnica nº 224 / 2006-SFF/ANEEL, de 19 / 06 / 2006)

II - aos contratos pelos quais a empresa se obrigue a vender bens para entrega futura, prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, cujo preço poderá ser reajustado em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados;'

32. Nos termos do dispositivo anteriormente citado, a regra geral era no sentido de que a correção monetária de quaisquer negócios jurídicos seja calculada com base no IPC-r (índice de Preços ao Consumidor - série r). Nada obstante, no caso de fornecimento de bens e serviços a serem produzidos, a regra geral não se aplicaria, sendo que o índice de reajuste deveria ser calculado reajustado em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

33. Ressalte-se que IPC-r, previsto no caput do art. 27 da Lei nº 9.069/95, já foi extinto (vide art. 8º da Lei nº 10.192, de 14/02/2001), sendo substituído, a partir de 1º/07/1995, nas obrigações e contratos pelo índice previsto contratualmente. Confira-se:

'Art. 8º A partir de 1º de julho de 1995, a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE deixará de calcular e divulgar o IPC-r.

§ 1º Nas obrigações e contratos em que haja estipulação de reajuste pelo IPC-r, este será substituído, a partir de 1º de julho de 1995, pelo índice previsto contratualmente para este fim.'

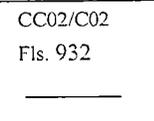
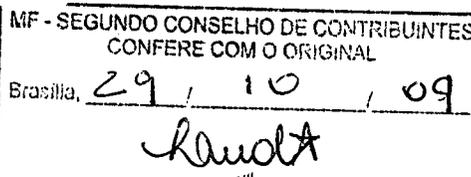
34. Além do mais, o art. 2º desta mesma lei estabeleceu que:

'Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.'

35. Neste ponto, cabe observar que o índice utilizado nos Contratos de Suprimento de Energia Elétrica (sejam eles Contratos Iniciais ou Contratos Bilaterais), bem nos Contratos de Concessão do Serviço Público de Transmissão é o IGP-M (Índice Geral de Preços do Mercado), apurado pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. O IGP-M é índice que se enquadra no conceito apresentado pelo art. 27 da Lei nº 9.069/95.

36. Dessa forma, com o novo comando legal introduzido pelo art. 109 da Lei nº 11.196/2005, a ocorrência de mero reajuste de preços, efetuados especificamente nas condições descritas na Lei nº 9.069, art. 27, § 1º, II, independentemente do índice utilizado, não descaracteriza a condição de preço predeterminado do contrato e, conseqüentemente, a sua manutenção no regime cumulativo, previsto na Lei nº 9.718/98.

37. É importante reforçar que a norma tributária, inserta nas alíneas 'b' e 'c' do inciso XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003, estabelece como condição para a manutenção do regime cumulativo: i) que os contratos fossem firmados em datas anteriores a 31/10/2003; ii) que fossem de



longo prazo; e iii) cujo fornecimento de bens ou serviços fossem a preço predeterminados.

38. Outro aspecto importante é que o art. 109 da Lei nº 11.196/2005, tem por claro objetivo estabelecer o que normalmente se denomina "interpretação autêntica" da noção de preço predeterminado, para fins de aplicação do disposto nas citadas alíneas 'b' e 'c', do inciso XI, do art. 10 da Lei nº 10.833/2003.

39. Tanto isso é verdade que o Deputado Custódio Mattos, relator da MP 252/2005 (á época conhecida como 'MP do Bem'), em seu parecer proferido em plenário, justifica a inclusão na MP de normas adicionais relativas ao PIS/PASEP e COFINS uma vez que era necessário pacificar a interpretação atribuída ao dispositivo da Lei nº 10.833/2003, por meio da chamada "interpretação autêntica", atendendo assim às Emendas nº 224 (Dep. Eduardo Gomes), 225 (Dep. Eduardo Sciarra), e 353 (Dep. Max Rosenmann).

40. Portanto, com a edição da Lei nº 11.196/2005, qualquer reajuste de preço previsto contratualmente, que tenha por objetivo assegurar o reajuste necessário para minimizar os efeitos do desgaste inflacionário ocorrido durante o ano, sem que haja alteração (revisão) do preço e das condições pactuadas quando da assinatura do contrato, mediante índices estipulados contratualmente, qualquer que seja ele, não descaracteriza o preço predeterminado, permanecendo a receita decorrente de tais contratos no regime de tributação cumulativa do PIS/PASEP e da COFINS.

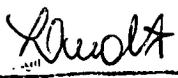
41. O mesmo entendimento é compartilhado por diversos juristas, cabendo destacar as seguintes manifestações:

'Assim, a cláusula de reajuste de preço do valor do contrato tem por finalidade precípua a manutenção e preservação da situação idealizada inicialmente pelas partes quando da assinatura do contrato a longo prazo, sem, dessa forma, acarretar prejuízos a uma das partes ou, ainda, um desequilíbrio duradouro na relação originalmente acordada.

É exatamente por essa razão que as cláusulas de reajuste detêm, em sua essência, a obrigação de aplicação de determinado índice de correção monetária ao preço inicialmente acordado. Mais do que isso, as partes buscam a escolha do índice de correção monetária que mais possa refletir e nortear os custos incorridos no objeto da contratação em análise.

Como sabido, há uma série de índices econômicos cujo propósito é avaliar corretamente a correção monetária, como o IGP, INPC, IGP-M, etc. De fato, o que cada um deles indica é o resultado ponderado da variação de preços de uma cesta determinada de produtos e serviços destinados a satisfazer as necessidades de um conjunto de agentes econômicos. Por isso que, entre tais índices, não há necessariamente uma uniformidade, podendo haver distorções de valores apurados por cada um deles.

Há, também, índices que procuram captar variações de insumos específicos, de tal ordem que possam servir de indexadores para um único segmento, que são os chamados 'Índices Setoriais', como, por

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 29 / 10 / 09


*exemplo, dentre outros tantos, o Índice Setorial da Construção Civil (Sinduscon). Este Índice tem por finalidade refletir a variação dos custos do setor de construção civil em determinados períodos de tempo.*

*Independentemente, portanto, do índice de correção monetária a ser escolhido, é certo que ele nada mais corresponde do que a preservação do valor real da moeda operante no tempo, não se tratando, assim, de qualquer 'plus' ou acréscimo ao valor original.*

*Portanto, no momento em que os preços sofrerem a aplicação da cláusula de reajuste, em nossa opinião, ter-se-á apenas a preservação do valor inicialmente acordado pelas partes, ou seja, o preço real e originário da mercadoria ou do serviço contratado, não havendo, assim, que se falar em qualquer variação descaracterizadora do preço inicial nem muito menos em preço supostamente desconhecido das partes.*

*Na verdade, é a manutenção da expressão nominal do preço nos contratos a longo prazo que propiciaria o efeito de mudança do preço real, haja vista que o poder aquisitivo do preço declinaria inexoravelmente com o tempo, alterando-se, assim, o conceito de preço prefixado pelas partes.*

*Nesse sentido, somos da opinião de que a simples aplicação da cláusula de reajuste pelas partes não desconfigura, como entende a Instrução Normativa n. 468/04, a natureza do preço inicialmente fixado no contrato, pelo contrário, trata-se apenas de reposição do valor originário da moeda, corroida por diversos fatores.' (BEHRNDT, MARCO ANTÔNIO E FILHO, CLÓVIS PANZARINI – PIS/Cofins – A Ilegalidade da IN 468/04 ao conferir Novo Conceito de Preço Predeterminado nos Contratos de Longo Prazo" – Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT, vol. 115, Abril/2005, pg.75.)*

*'Como se infere da leitura dos itens acima, a posição adotada pela Receita Federal foi no sentido de que a mera existência de cláusula de reajuste no contrato não seria causa de indeterminação do preço. Todavia, assim que efetuada correção do mesmo com base em tal cláusula, o preço deixaria de ser predeterminado. Nesse caso, as receitas decorrentes do contrato passariam a estar submetidas ao regime não cumulativo da constituição para o PIS e da Cofins.*

*Também em relação a esta questão cremos haver bons argumentos para o questionamento da posição adotada pela Fazenda.*

*De fato, a finalidade da manutenção, sob a sistemática cumulativa da contribuição para o PIS e da Cofins, das receitas decorrentes de alguns contratos celebrados antes de 31 de outubro de 2003, foi evitar que as modificações introduzidas em tais contribuições afetassem contratos celebrados com a consideração de uma carga tributária distinta." (DA SILVA, SÉRGIO ANDRÉ R. G. – Tributação pelo PIS e pela Cofins dos Contratos Anteriores a 31 de Outubro de 2003 – IN 468/04 – Possibilidade de Questionamento – Revista Dialética de Direito Tributário - RDDT, vol. 114, Março/2005, pg. 96)*

#### **II.4. DAS SENTENÇAS PROFERIDAS NO JUDICIÁRIO**

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 29/10/09  
Laurola

41. Conquanto ainda não se tenha notícia do trânsito em julgado de decisões judiciais quanto à matéria, é relevante destacar decisão proferida pelo Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em 20/09/2005, ao conceder antecipação de tutela, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.058175-8/MG:

*'Com efeito, possuindo a Instrução Normativa 468/2004 natureza jurídica de norma complementar (q.v. art. 100, I, CTN) não pode, em princípio, a Administração criar limitação ou restrição, que já não estivesse estatuída e identificada no preceito legal que visa explicitar.*

*Por outro lado, cláusulas contratuais referentes à atualização monetária e à revisão extraordinária decorrente de fatos imprevisíveis (rebus sic stantibus) não descaracterizam a noção de preço predeterminado.*

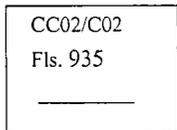
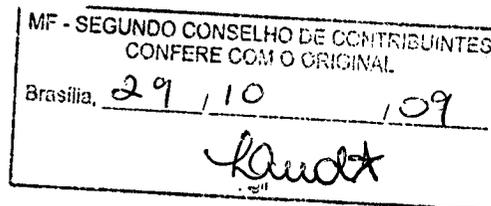
*Isto posto, com as devidas vênias, CONCEDO, si et in quantum, a antecipação dos efeitos da tutela, para autorizar a agravante a permanecer sujeita ao regime cumulativo das contribuições ao PIS e à COFINS relativamente às receitas advindas dos contratos de compra e venda de energia elétrica firmados com a Petrobrás Energia Ltda. em 12.11.2002 (03 contratos – fls. 78/95, 104/121 e 130/177), com a Companhia de Eletricidade de Nova Friburgo – CENF, em 01.09.2003 (fls. 156/177) e com a Companhia Força e Luz Cataguazes – Leopoldina em 01.09.2003 (fls. 193/215), até o julgamento do agravo pela colenda 8ª turma.'*

42. No mesmo sentido, cumpre destacar a decisão proferida em 14/03/2006 pelo i. juiz federal da 2ª Vara/MT, Dr. Jéferson Schneider, em Mandado de Segurança, na qual foi concedida a segurança pleiteada para manter o contrato de compra e venda de energia sob a égide do art. 10, inciso XI, letra 'b', da Lei nº 10.833/2003, tanto em relação ao PIS/PASEP quanto em relação à COFINS, assegurando, ainda, à impetrante, a compensação dos recolhimentos indevidos. Confira-se:

*'Sem dúvida alguma, trata-se de contrato com preço predeterminado. O valor fixo em reais por MWh é o quanto basta para conferir a qualidade de preço determinado com anterioridade ou predeterminado. A cláusula de reajuste anual, referente à correção monetária, não implica em qualquer plus, mas em uma mera reposição da desvalorização da moeda frente à inflação. A jurisprudência é uníssona em afirmar que a correção monetária nada acrescenta de novo ao valor devido, pois seu único objetivo é evitar a desvalorização da moeda.*

*O art. 109 da Lei nº 11.196/05, ao contrário do sustentado pela impetrante, não tem aplicação na hipótese dos autos. A correção contratual estipulada pelas partes ocorrerá anualmente, de forma automática, pelo IGP-M, independente da variação dos custos, o que revela sua natureza de correção monetária e não de recomposição dos custos.*

*Destarte, a nova orientação determinada pela Instrução Normativa nº 468/04, da Secretaria da Receita Federal, que em seu art. 2º*



*descaracteriza a qualidade de preço predeterminado, quando o contrato contiver cláusula de reajuste, ademais de ferir o próprio conceito de predeterminação, não pode ser aplicada retroativamente.*

*(...)*

*Por fim, verifico que o contrato de compra e venda de energia elétrica é espécie de contrato de fornecimento de bens, assim como na cláusula 4ª do aditivo consta a vigência do contrato até o ano de 2014.*

*Assim sendo, tenho por preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 10, inciso XI, letra b, da Lei nº 10.833/03, para manter a antiga legislação de regência da COFINS em relação ao contrato sob exame.*

*Também assiste razão à impetrante com relação ao PIS, uma vez que o art. 15 da Lei nº 10.833/03 contempla o inciso XI, do art. 10, da mesma Lei, conforme depreende-se da redação dada pelas Leis nº 10.865/04, 11.051/04 e 11.196/05.*

*(...)*

*Diante do exposto, concedo a segurança, para manter o contrato de compra e venda de energia sob a égide do art. 10, inciso XI, letra 'b', da Lei nº 10.833/03, tanto em relação ao PIS quanto em relação à COFINS, assegurando, ainda, à impetrante, a compensação dos recolhimentos indevidos.'*

*43. Portanto, observa-se que a incipiente jurisprudência dos tribunais é no sentido de que a mera atualização monetária (reajuste), não importando o índice utilizado, e desde que estabelecido contratualmente, não descaracteriza o preço predeterminado.*

## **II.5. DA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO EM TELA AOS CONTRATOS INICIAIS E BILATERAIS**

### **(ASSINADOS ANTES DE 31 DE OUTUBRO DE 2003)**

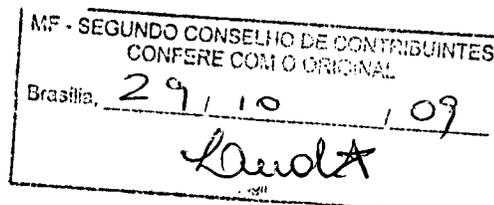
*44. No bojo da Lei nº 9.648/98, que dentre outros aspectos reestruturou o setor elétrico, introduzindo a possibilidade de livre negociação para compra e venda de energia elétrica, encontra-se a previsão de regra de transição para o mercado livre. Com efeito, o caput do art. 10 da citada Lei nº 9.648/98 estabeleceu que passaria a ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados, observados os seguintes prazos e demais condições de transição que fixa em seus incisos.*

*45. Dessa forma, a compra e venda de energia elétrica passou a ser objeto dos denominados Contratos Iniciais, substituindo aqueles ajustados nos termos do art. 3º da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, os, à época, denominados Contratos de Suprimento.*

*46. Portanto, os Contratos Iniciais regulam a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados dos serviços de energia elétrica. São contratos com prazo superior a 1 (um) ano, firmados em 1998, portanto, de longo prazo e assinados antes de 31/10/2003.*

*9*

*✓*



*Acresce-se que tais contratos apresentam preço predeterminado fixado em Reais (R\$) por MWh, bem como cláusula de reajuste anual com base no IGP-M e revisão ordinária ou extraordinária para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Nesse sentido, confira-se o quanto consta da minuta definitiva de Contrato Inicial, submetido à Consulta Pública nº CP 0001/98, disponível no sítio desta Agência na Internet ([www.aneel.gov.br](http://www.aneel.gov.br)):*

### *TÍTULO III*

#### *Compra e Venda de ENERGIA*

##### *Capítulo I – Condições Gerais*

*Cláusula 7ª – Pelo presente instrumento a VENDEDORA vende ENERGIA e DEMANDA à COMPRADORA, e a COMPRADORA compra ENERGIA e DEMANDA da VENDEDORA, nas quantidades, pelo preço e de acordo com as demais condições estabelecidas neste CONTRATO e seus ANEXOS.*

*(...)*

##### *Capítulo IV – Dos Preços*

*Cláusula 13. A COMPRADORA pagará à VENDEDORA, em relação a cada MÊS DO CONTRATO, o FATURAMENTO DE ENERGIA pela ENERGIA CONTRATADA e o FATURAMENTO DE DEMANDA pela DEMANDA CONTRATADA, com os preços estabelecidos no ANEXO I ao presente CONTRATO e os volumes estabelecidos conforme Cláusula 10.*

*Parágrafo Primeiro – Os preços discriminados no ANEXO I do presente CONTRATO serão reajustados com periodicidade anual no décimo segundo mês após o mês da DATA DE REFERÊNCIA ANTERIOR, sendo esta definida da seguinte forma:*

*a) no primeiro reajuste, a DATA DE INÍCIO; e*

*b) nos reajustes subsequentes, a data do último reajuste, de acordo com o disposto nesta Cláusula.*

*(...)*

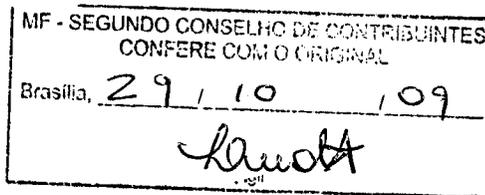
*Parágrafo Quarto – Os reajustes de preços referidos nos parágrafos anteriores se darão pela aplicação de um fator de reajuste (FR) aos preços de energia e de demanda vigentes na DATA DE REFERÊNCIA ANTERIOR, definido da seguinte forma:*

$$FR = (VPA_1 + (VPB_0 \times IP)) / RA$$

*Onde:*

*RA = Somatório dos faturamentos de energia e de demanda no PERÍODO DE REFERÊNCIA, calculados com os preços de energia e de demanda vigentes na DATA DE REFERÊNCIA ANTERIOR, excluído o ICMS;*

*PERÍODO DE REFERÊNCIA = os últimos doze meses anteriores à DATA DO REAJUSTE EM PROCESSAMENTO*



$$VPB_0 = RA - VPA_0$$

*VPA<sub>0</sub>* = Valor correspondente aos TRIBUTOS relativos ao PERÍODO DE REFERÊNCIA, nas condições vigentes na DATA DE REFERÊNCIA ANTERIOR;

*VPA<sub>1</sub>* = Valor correspondente aos TRIBUTOS relativos ao PERÍODO DE REFERÊNCIA, nas condições vigentes na DATA DO REAJUSTE EM PROCESSAMENTO

*IP* = É o fator que exprime a variação do IGPM entre o mês anterior ao do reajuste em processamento e do mês anterior à DATA DE REFERÊNCIA ANTERIOR.

(...)

#### Capítulo VIII – Revisão de preços e equilíbrio econômico-financeiro

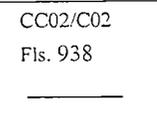
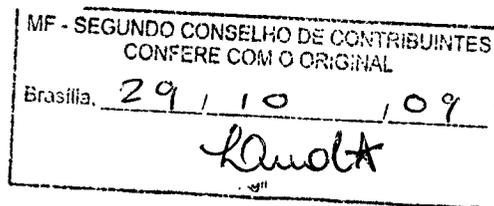
Cláusula 26. A VENDEDORA reconhece que os preços da ENERGIA CONTRATADA e DEMANDA CONTRATADA objeto deste CONTRATO, definidos na Cláusula 13, em conjunto com as respectivas regras de reajuste previstas neste CONTRATO, são suficientes, na DATA DE INICIO, para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO.

Cláusula 27. Sem prejuízo dos reajustes a que se refere a Cláusula 13, a VENDEDORA poderá solicitar à ANEEL a revisão dos preços deste CONTRATO, caso haja alterações significativas nos seus custos, por motivos fora de seu controle e devidamente comprovados, podendo a ANEEL determinar os novos preços aplicáveis a este CONTRATO, visando a manter seu equilíbrio econômico-financeiro."

47. Neste ponto, é necessário registrar que a já citada Lei nº 9.648/1998 estabeleceu que os montantes de energia elétrica contratados nos denominados Contratos Iniciais seriam reduzidos em 25% ao ano, a partir de 2003, extinguindo-se, portanto, em 2006.

48. Os Contratos Bilaterais regulam a comercialização da energia elétrica liberada dos Contratos Iniciais, a partir de 2003, bem como da energia elétrica oriunda das novas usinas que entraram em operação a partir de 1º de janeiro de 2002. Esses contratos são, normalmente, de prazos superiores a 1 (um) ano, portanto, de longo prazo. O preço de comercialização da energia nos Contratos Bilaterais era livremente fixado entre as partes contratantes, sendo que normalmente eram estabelecidas regras de reajuste anual, com base em fórmulas estabelecidas nos próprios contratos, geralmente tomando por base o IGP-M, como é usual.

49. Dessa forma, percebe-se que os Contratos Iniciais, bem como os Contratos Bilaterais, são contratos de 'compra e venda de energia elétrica', espécie de contrato de fornecimento de bens, com prazos superiores a 1 (um) ano e cujo preço predeterminado, pois se encontra estabelecido em Reais (R\$) por MWh, sujeito a reajuste anual pelo IGP-M. Tais contratos são comutativos e sinalagmáticos, pois envolvem prestações recíprocas de ambas as partes: para o comprador a de entregar o preço, para o vendedor a de transferir o domínio da coisa vendida. Cada uma das prestações tem como causa e razão de



ser a outra prestação. Portanto, esse tipo de operação com energia elétrica, decorrente dos Contratos Iniciais e Bilaterais, não são contratos de venda para entrega futura, mas sim de execução continuada, também chamados de duração, em que a prestação é feita de modo continuado.

(...)

### III. DA CONCLUSÃO

71. Por todo o exposto, concluímos que:

a) as receitas decorrentes dos Contratos Iniciais e Bilaterais, firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, enquadram-se nas disposições do art. 10, inciso XI, letra 'b', da Lei nº 10.833/2003, uma vez que são contratos assinados por prazo superior a 1 (um) ano, com preço predeterminado, cujo reajuste anual, calculado com base em índices oficiais (IGP-M), não descaracteriza o caráter de preço predeterminado, devendo, por conseguinte, tais receitas permanecerem sujeitas às normas da legislação do PIS/PASEP e da COFINS, vigentes anteriormente à edição da Lei nº 10.833/2003, ou seja, no regime cumulativo, previsto na Lei nº 9.718/1998;

(...)

d) finalmente, ocorrendo a primeira revisão de preço dos contratos ora analisados, após a data de 31 de outubro de 2003, bem como a revisão extraordinária para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, a partir de sua efetiva implementação, as receitas deles decorrentes passam a se sujeitar à tributação do PIS/PASEP e da COFINS pelo novo regime da não-cumulatividade.

72. Em face das conclusões ora apresentadas, recomenda-se que a presente Nota Técnica seja encaminhada à Superintendência de Regulação da Transmissão – SRT, para sua consideração e juntada aos autos do Processo nº 48500.003391/2000-19, que estabelece o valor da Receita Anual Permitida – RAP do ciclo 2006 / 2007.

Brasília, 19 de junho de 2006.

**ANDRÉ PATRUS AYRES PIMENTA**

Especialista em Regulação – SFF/ANEEL

De acordo:

**ROMEU DONIZETE RUFINO**

Superintendente de Fiscalização Econômica e Financeira”.

Não obstante tal Nota Técnica, é de se mencionar ainda ao Ofício ANEEL1431/2006, que expressamente atesta:

“De outra parte, resta ainda esclarecer que, conquanto tais fatos não tenham sido objeto da Nota técnica n. 224/2006-SFF/ANEEL, de 16 de junho de 2006, os demais índices previstos nos contratos aprovados e/ou homologados pela ANEEL, bem como nos contratos celebrados com condições específicas, com base na regulamentação vigente à época, na medida em que visam exatamente refletir a variação

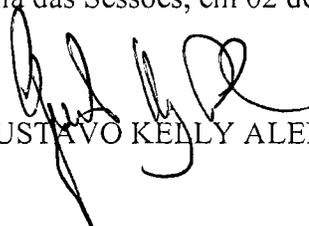
MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 29/10/09  
Lauda

CC02/C02  
Fls. 939

*ponderada dos custos dos insumos utilizados, mantendo o poder de compra da moeda, enquadram-se nas disposições do inciso II do §1º do art. 27 da Lei n. 9.069/95 (com as alterações da Lei n. 10.192/2001) e, conseqüentemente, nas disposições do art. 109 da Lei n. 11.196/05 e no §3º do art. 3º da IN 658/06”.*

Por todo o exposto, resta cediço que o reajuste praticado no contrato em análise visa exatamente refletir a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, enquadrando-se, portanto, no art. 109 da Lei nº 11.196/05 e no § 3º do art. 3º da IN SRF nº 658/2006, e, por conseguinte, na conclusão “a” da Nota Técnica 224/2006 SFF/ANEEL, ou seja, é um contrato com preço predeterminado que permanece com esta natureza mesmo após o reajuste praticado. Assim, dou provimento ao recurso para reconhecer que o regime cumulativo deve ser aplicado pela recorrente às receitas provenientes de comercialização de energia elétrica, nos termos da fundamentação supra.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2008.

  
GUSTAVO KELLY ALENCAR

### Voto Vencedor

Conselheiro ANTONIO ZOMER, Designado

Primeiramente, cumpre esclarecer que, após o julgamento da DRJ e a dedução das parcelas pagas pelo regime cumulativo, restaram apenas, no lançamento, saldos de valores referente ao ano-calendário de 2004, conforme quadro demonstrativo de fls. 860/861.

A exigência remanescente decorre, assim, do enquadramento feito pela fiscalização, das receitas operacionais da autuada, no regime de tributação não-cumulativo, instituídos pelas Leis nºs 10.627/2002 e 10.833/2003, respectivamente para o PIS e a Cofins.

Alega a recorrente que a alínea “b” do inciso XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003, combinado com o art. 109 da Lei nº 11.196/2005 e o § 3º do art. 3º da IN/SRF nº 658/2006, garantem a permanência de suas receitas no regime cumulativo dessas contribuições.

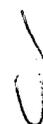
Portanto, a solução do presente litígio está na interpretação da legislação que introduziu a incidência não-cumulativa para os contratos de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços.

A Lei nº 10.833, de 2003, manteve como obrigatoriamente sujeitas à sistemática anterior, ou seja, sob a incidência cumulativa do PIS e da Cofins, sem direito a créditos e sem alteração de alíquota, um extenso rol de pessoas jurídicas e de receitas, listadas em seu art. 10, dentre as quais se incluem as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, *verbis*:

*“Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1ª a 8ª:*

[...]





MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	29 / 10 / 09
<i>Landst</i>	

XI - as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003:

[...]

b) com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços;

[...]

Art. 15. Aplica-se à contribuição para o PIS/PASEP não-cumulativa de que trata a Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, o disposto: (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

[...]

V - nos incisos VI, IX a XXVII do *caput* e nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)."

Verifica-se, pois, que as receitas relativas aos contratos firmados antes de 31 de outubro de 2003, com prazo superior a 1 (um) ano, de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços, foram excluídas da sistemática de não-cumulatividade da Cofins e do PIS. Com isso, evitou-se que os contratos a preços predeterminados fossem onerados em face da mudança na sistemática de cálculo destas contribuições. Registre-se, no entanto, que o inciso XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003 estabelece regra de transição, que visa a assegurar o equilíbrio econômico dos contratos firmados antes da instituição do regime não-cumulativo, devendo, portanto, ter aplicação restrita.

Era necessário, pois, definir o exato alcance da expressão "preço predeterminado", de importância capital para a perfeita compreensão do mandamento legal em comento.

Na esfera legal, a matéria foi regulada pelo art. 109 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, *verbis*:

*"Art. 109. Para fins do disposto nas alíneas b e c do inciso XI do caput do art. 10 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, o reajuste de preços em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, não será considerado para fins da descaracterização do preço predeterminado.*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se desde 1º de novembro de 2003.*" (destaquei)

Assim, o reajuste de preços com base no **custo de produção** ou em **índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos** não invalidaria a condição de preço predeterminado.

Na área infralegal, a Instrução Normativa SRF nº 658, de 04 de julho de 2006, ao dispor sobre a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins incidentes sobre as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, registrou o entendimento da Secretaria na Receita Federal do Brasil a respeito da matéria em seu art. 3º, *verbis*:

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 29, 10, 09
<i>Lauola</i>

CC02/C02 Fls. 941
----------------------

*“Art.3º Para efeito desta Instrução Normativa, preço predeterminado é aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato.*

*§ 1º Considera-se também preço predeterminado aquele fixado em moeda nacional por unidade de produto ou por período de execução.*

*§ 2º Ressalvado o disposto no § 3º, o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação, após a data mencionada no art. 2º, da primeira alteração de preços decorrente da aplicação:*

*I - de cláusula contratual de reajuste, periódico ou não; ou*

*II - de regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos dos arts. 57, 58 e 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*

*§ 3º O reajuste de preços, efetivado após 31 de outubro de 2003, em percentual não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, não descaracteriza o preço predeterminado.”*

No § 2º do art. 3º, supratranscrito, consta que as cláusulas de reajuste, periódico ou não, bem como as regras de reajuste para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato retiram o caráter predeterminado do contrato, na sua primeira ocorrência posterior a 31/10/2003.

No § 3º, invocado pela recorrente para justificar a permanência de suas receitas no regime cumulativo, consta que os reajustes, para a manutenção do caráter de preço predeterminado do contrato, devem limitar-se a percentual que corresponda, no máximo, ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos.

Nesta altura, abre-se um parêntese para registrar que os contratos de compra e venda de energia elétrica, celebrados entre geradoras e distribuidoras estão sujeitos à homologação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), conforme determina o art. 24 do Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 1996, *verbis*:

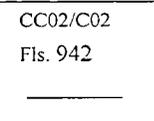
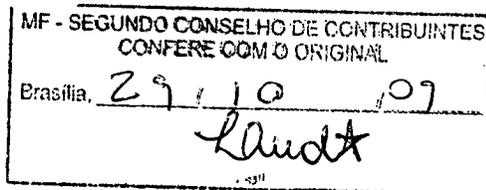
*“Art. 24. Os contratos de comercialização de energia elétrica celebrados entre o produtor independente e o concessionário ou permissionário de serviço público de energia elétrica deverão ser submetidos por estes a homologação do órgão regulador e fiscalizador do poder concedente.”*

Portanto, a ANEEL tem competência legal para controlar os preços e tarifas de energia elétrica, homologando os seus valores iniciais e os reajustes e revisões, conforme disposto na lei que a instituiu (Lei nº 9.427/1996, art. 3º, e alterações posteriores).

Retornando ao exame da matéria litigiosa, esclarece-se que a referência feita no *caput* do art. 109 da Lei nº 11.196/2005 ao dispositivo da Lei nº 9.069, de 1995, diz respeito *“aos contratos pelos quais a empresa se obrigue a vender bens para entrega futura, prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, cujo preço poderá ser reajustado em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados”* (destaquei).

*A*

*→*



No caso em tela, considera-se contrato a preço predeterminado aquele cujo preço esteja fixado em moeda nacional para o objeto globalmente considerado ou, alternativamente, aquele cujo preço seja fixado em moeda nacional por unidade de produto ou por período de execução. Por outro lado, o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação da primeira alteração de preços, após 31 de outubro de 2003, decorrente da aplicação:

- (1) de cláusula contratual de reajuste, periódico ou não; ou
- (2) de regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos dos arts. 57, 58 e 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Somente dois tipos de índices, quando utilizados em reajuste ou revisão de preços, não descaracterizam o preço predeterminado:

- (1) os que reflitam acréscimos dos custos de produção; e
- (2) os que reflitam a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

Cumpra, pois, proceder ao exame das disposições do Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica e seus Aditivos, cujas cópias foram anexadas com a peça impugnatória, fls. 442/488, para verificação de eventual caráter predeterminado dos preços praticados pela recorrente.

*"Cláusula 6.1 Preço de Energia*

*O Preço da Energia após a Data Inicial de Fornecimento será 115% do Valor Normativo estabelecido pela ANEEL através da Resolução nº 256/01 ( $1,15 * VN1 = 1,15 * 106,40 = 122,36$  R\$/MWh). Este preço será reajustado segundo o estabelecido na Cláusula 6.3.*

*Cláusula 6.2. Preço da Energia Interruptível*

*O Preço da Energia interruptível será o Valor Normativo estabelecido pela ANEEL através da Resolução nº 256/01 ( $VN = 106,40$  R\$/MWh). Este preço será reajustado segundo o estabelecido na Cláusula 6.3.*

*Cláusula 6.3 Fórmula de Reajuste.*

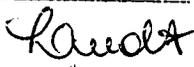
*A fórmula de reajuste dos preços será determinada com base na Resolução ANEEL nº 22/01 e nº 256/2001, com fatores:*

*K1: valor igual a 0,25 (vinte e cinco centésimos);*

*K2: valor igual a 0,45 (quarenta e cinco centésimos); e*

*K3: valor igual a 0,30 (trinta centésimos).*

*Parágrafo Primeiro: A fórmula de reajuste para o Preço de Energia considera que a fórmula de reajuste do preço do gás a ser adquirido pela CGT FORTALEZA é o valor fixado na Portaria Interministerial MME/MF/nº 176, de 4 de junho de 2001 de US\$ 2,581/MMBtu, com base em junho de 2001.*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 29 / 10 / 09


*Parágrafo Segundo - O primeiro reajuste será efetuado na Data Inicial de Fornecimento. Os reajustes seguintes serão efetuados no dia 22 de abril de cada ano.*

*Cláusula 6.4 Tributos incidentes sobre os Preços*

*As Partes acordam que os Preços não incluem quaisquer tributos, os quais deverão ser agregados aos Preços.*

*Cláusula 7.1 Equilíbrio Econômico-Financeiro*

*As partes concordam em proceder à revisão do PPA, inclusive a Cláusula de Preço e Reajuste, de forma a manter inalterada a equação inicial do equilíbrio econômico-financeiro do PPA, caso determinadas [cláusulas] do PPA causem um desequilíbrio econômico-financeiro às Partes.*

*Parágrafo único Para fins de se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, considerar-se-ão as possíveis perdas de mercado da COELCE. Neste caso, as Partes se obrigam a restabelecer a equação inicial do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, modificando, dentre outros, o Preço da Energia e/ou a quantidade de energia acordada no **PPA**.” (destaquei)*

**PPA** significa “Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica”.

As Resoluções ANEEL nº 22, de 1º de fevereiro de 2001, fls. 832/838, e nº 256, de 2 de julho de 2001, fls. 830/831, citadas nas cláusulas contratuais acima transcritas, foram revogadas pela Resolução ANEEL nº 248, de 06 de maio de 2002, fls. 824/829, que em seu art. 9º determina:

*“Art. 9º. Ficam mantidos os direitos e as obrigações vinculadas aos contratos bilaterais registrados na ANEEL até a data de publicação desta Resolução, restritos aos montantes e prazos originalmente pactuados.*

*Parágrafo único. Aos contratos bilaterais de compra e venda de energia elétrica protocolizados na ANEEL até a data da publicação desta Resolução, aplicar-se-ão as regras constantes das Resoluções nºs 22, de 1º de fevereiro de 2001, e 256, de 2 de julho de 2001.”*

Portanto, no presente caso, o Contrato e seus Aditivos de fls. 442/488 continuaram a vigorar com as regras dispostas nas Resoluções ANEEL nºs 22 e 256, ambas de 2001.

Conforme Cláusulas 6.1 e 6.2 do Contrato e seus Aditivos, acima transcritas, o preço da energia será calculado com base no Valor Normativo estabelecido pela ANEEL na Resoluções nºs 22 e 256, de 2001.

A Cláusula 6.3 do Contrato e seus Aditivos, supratranscrita, estabelece que a fórmula de reajuste dos preços será determinada com base na Resolução ANEEL nº 22/2001, com fatores: K1, K2 e K3, em que:

*K1 = fator de ponderação do índice IGP-M;*

*K2 = fator de ponderação do índice de combustíveis;*

*K3 = fator de ponderação do índice de variação cambial.*



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 29, 10, 09  
*Lauro A*

Verifica-se, pois, que os reajustes e revisão de preços baseiam-se em índices que captam a variação geral (IGP-M), setoriais (combustíveis) e cambiais, dos preços praticados. Estes índices levam em conta a recuperação do efeito inflacionário, descaracterizando o caráter de preço predeterminado. Com efeito, estes fatores tendem a restabelecer o preço de mercado e não os custos da produção ou dos insumos.

A forma como é praticado o reajuste do preço da energia elétrica, com a utilização de índices gerais de preço e índices setoriais e cambiais, não se enquadra nas regras do art. 109 da Lei nº 11.196, de 2005, e tampouco nas disposições do § 3º do art. 3º da IN SRF nº 658, de 2006, desvirtuando totalmente o caráter predeterminado do preço praticado pela recorrente.

Ademais, qualquer majoração na incidência tributária será acrescida aos preços assim reajustados, conforme disposto na Cláusula 6.4 do referido contrato.

Argumenta a recorrente que os índices de reajuste do contrato levam apenas em conta a recuperação do efeito inflacionário. Entretanto, não é a reposição da inflação que foi fixada pelo legislador como irrelevante para a manutenção do caráter de preço predeterminado mas a variação dos custos de produção ou dos insumos nela utilizados, o que não significa, de modo algum, a recuperação de efeito inflacionário, genericamente considerado.

Por fim, reclama a recorrente que a decisão recorrida não teria apreciado os termos do Ofício nº 1.431/2006-SFF/ANEEL, o qual estaria prescrevendo normativamente, para todas as empresas do setor elétrico, que os índices utilizados para reajuste de preço nos contratos de compra e venda de energia elétrica, celebrados anteriormente a 31/10/2003, enquadram-se nas disposições do art. 109 da Lei nº 11.196/2005 e no § 3º do art. 3º da IN SRF nº 658/2006.

A ANEEL é a agência reguladora do setor de energia elétrica, porém a ela não compete a edição de atos que impliquem o afastamento da incidência tributária. Ademais, a decisão recorrida enfrentou, sim, os termos do referido expediente, na medida em que procedeu à análise dos mesmos atos legais e chegou à conclusão de que os referidos contratos não possuem as características de preço predeterminado exigidas pela legislação pertinente.

Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2008.

  
ANTONIO ZOMER