



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10380.900756/2009-23
Recurso nº 1 Voluntário
Resolução nº **3101-000.328 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 30 de janeiro de 2014
Assunto Solicitação de diligência
Recorrente CGTF CENTRAL GERADORA TERMELÉTRICA FORTALEZA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Por maioria de votos, converteu-se o julgamento do recurso voluntário em diligência, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Jacques Maurício Ferreira Veloso de Melo e Leonardo Mussi da Silva.

Henrique Pinheiro Torres - Presidente.

Rodrigo Mineiro Fernandes - Relator.

EDITADO EM: 24/02/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Henrique Pinheiro Torres (presidente), Rodrigo Mineiro Fernandes, Valdete Aparecida Marinheiro, José Henrique Mauri (suplente), Jacques Mauricio Ferreira Veloso de Melo (Suplente) e Leonardo Mussi da Silva (Suplente). Ausentes os Conselheiros Vanessa Albuquerque Valente e Luiz Roberto Domingo. Fez sustentação oral o Dr. Luiz Felipe Krieger Moura Bueno, OAB/RJ nº 117.908, advogado do sujeito passivo.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de declaração de compensação (DCOMP) eletrônica na qual o interessado alega possuir crédito decorrente de pagamento a maior de Cofins que pretende utilizar para compensar com débito de CSLL.

A análise do direito creditório concluiu que o pagamento informado como origem do crédito encontrava-se totalmente utilizado para quitação de débito do contribuinte da própria contribuição, não restando saldo disponível para ser utilizado para a compensação

pretendida. Como resultado, o direito creditório não foi reconhecido, com a conseqüente não homologação da compensação, conforme Despacho Decisório e Detalhamento da Compensação.

Regularmente cientificada, a interessada apresentou a manifestação de inconformidade, acompanhada de documentos ao seu ver probatórios de seus direitos, alegando, em síntese: que seu crédito decorre de pagamento a maior em virtude de ter calculado a contribuição indevidamente com alíquota de não-cumulatividade; que embora tenha concorrido involuntariamente para a conclusão do Despacho Decisório, seu crédito não pode ser aniquilado por erro de fato cometido no cumprimento de obrigação acessória; que seu objeto societário é a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica e toda a sua energia fornecida no ano-calendário 2005 foi adquirida pela Companhia Energética do Ceará, cujo contrato de compra e venda foi celebrado em 31/08/2001 (aditivos em 10/10/2001 e 22/11/2002), com prazo de 20 anos; que estava obrigada a pagar as contribuições calculadas exclusivamente de forma cumulativa, por força do disposto na alínea "b" do inciso XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003; que indicou indevidamente na DCTF o valor da contribuição devida no período, calculando e recolhendo com a alíquota prevista para a não-cumulatividade; que percebendo o erro estornou a parcela da despesa que havia contabilizado a maior e a registrou no ativo; que apresentou o PER/DCOMP em tela declarando a compensação relativa à diferença acima apontada, mas se ouvidou de retificar a DCTF correspondente. Ao fim, pede a reforma do Despacho Decisório para homologar integralmente a compensação declarada.

A DRJ em FORTALEZA/CE julgou improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a não-homologação da compensação do débito fiscal declarado, ementando assim o acórdão:

*Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
Cofins*

Ano-calendário: 2005

Cofins. PREÇO PREDETERMINADO. REAJUSTE CONTRATUAL.

A partir de 31/10/03, para fins de apuração da Cofins, o preço predeterminado é descaracterizado após o 1º reajuste, salvo quando demonstrado que o reajuste de preços se dá em percentual não superior ao correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2005

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO.

Diante da constatação de que não ocorreu recolhimento indevido, não se configura o direito do sujeito passivo ao reconhecimento do crédito pleiteado, com a conseqüente não homologação da compensação declarada.

*Manifestação de Inconformidade Improcedente.**Direito Creditório não Reconhecido.*

Discordando da decisão de primeira instância, a interessada apresentou recurso voluntário onde basicamente reproduz o alegado em primeira instância, reforçando notadamente a importância do Ofício nº 1.431/2006SFF/ANEEL, que acredita fazer prova a seu favor. Por fim, requereu a reforma do acórdão recorrido e a subsistência total da compensação efetivada.

Em sessão de julgamento realizada em 10 de novembro de 2011, essa turma de julgamento, em sua composição anterior, determinou a conversão do julgamento em diligência para que a unidade preparadora jurisdicionante do domicílio tributário da recorrente intimasse a recorrente, para trazer aos autos, laudo de perito competente, com o detalhamento do processo de produção da energia elétrica fornecida no período em que a recorrente alega possuir crédito, indicação dos insumos utilizados, a variação dos preços dos respectivos insumos e a memória dos reajustes do preço da energia elétrica fornecida, bem como a conclusão acerca da questão controversa se os índices utilizados ultrapassaram, ou não, os custos de produção ou a variação ponderada dos custos dos insumos.

Após ser regularmente intimada, a recorrente apresentou o Laudo Pericial solicitado, com o detalhamento do processo de produção de energia elétrica, indicação dos insumos utilizados, variação dos preços dos insumos e memória dos reajustes do preço da central geradora termelétrica FORTALEZA – CGTF, assinado pelos engenheiros José Mario Miranda Abdo e Eduardo Henrique Ellery Filho, sócios da empresa Abdo, Ellery & Associado - Consultoria Empresarial em Energia e Regulação.

Após o atendimento do disposto na Resolução, a unidade de origem encaminhou o os autos a esse órgão julgador de segunda instância para apreciação.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Rodrigo Mineiro Fernandes, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e, considerando o preenchimento dos requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado.

A questão meritória a ser apreciada por esse colegiado é a sujeição ou não das receitas da recorrente ao PIS e Cofins com incidência cumulativa. A recorrente alega ter apurado de forma equivocada a contribuição com incidência não-cumulativa, quando o correto seria a incidência cumulativa, existindo, segundo seu entendimento, saldo de contribuição recolhida indevidamente e passível de restituição e compensação. Entretanto, não foi esse o entendimento da unidade de origem e da autoridade julgadora de primeira instância, que não reconheceu o direito creditório, com a conseqüente não homologação da compensação, sob o fundamento de que a contribuição seria devida pelo regime não-cumulativo e inexistia o crédito declarado.

A incidência não-cumulativa das contribuições de que trata a lei nº 10.637/2002 e a lei nº 10.833/2003, encontra, entre as exceções legalmente previstas, aquela relativa às receitas originadas de contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, com prazo superior a um ano de **fornecimento de bens ou serviços a preço predeterminado** (art. 10, XI, “b”, da lei 10.833/2003), que estariam sujeitas às contribuições pela sistemática cumulativa.

Regulamentando esse diploma legal e definindo preço predeterminado, foi editada a Instrução Normativa SRF nº 468, de 08/11/2004.

A lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, de caráter interpretativa, esclareceu a questão do reajuste de preços para a caracterização ou não de preço predeterminado, para fins de incidência não-cumulativa das contribuições, assim dispondo:

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.

Posteriormente foi editada a Instrução Normativa SRF nº 658, de 4 de julho de 2006, dispondo sobre as contribuições incidente sobre as receitas decorrentes de contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, com produção de efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2004, nos seguintes termos:

Art. 2º Permanecem tributadas no regime de cumulatividade, ainda que a pessoa jurídica esteja sujeita a 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;

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

[...]§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 §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 em 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.

Art. 5º Consideram-se com prazo superior a 1 (um) ano os contratos com prazo indeterminado cuja vigência tenha se prolongado por mais de 1 (um) ano, contado da data em que foram firmados.

Parágrafo único, Aplica-se aos contratos mencionados no caput o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 3º.

Art. 7 Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos:

I - a partir de 1º de fevereiro de 2004, em relação às receitas decorrentes dos contratos de que tratam os incisos I a III do art. 2º;

Importa-nos, para a solução da questão em litígio, identificar se o reajuste de preços praticados pela recorrente à época dos fatos foi em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados. Caso positivo, não será considerado para fins da descaracterização do preço predeterminado, sujeitando-se a recorrente à alíquota cumulativa das contribuições, subsistindo indébito tributário passível de repetição e compensação.

Portanto, há duas possibilidades para a sujeição ao regime cumulativo de incidência das contribuições: a adoção de um percentual que reflita o custo de produção (específico para cada contratante) ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos de insumos utilizados (índice setorial).

A recorrente celebrou, em 31 de agosto de 2001, contrato de compra e venda de energia elétrica com a Companhia Energética do Ceará – COELCE, por um prazo de 20 anos, contados a partir da data inicial de fornecimento, que foi devidamente aprovado pela ANEEL através do Ofício nº 243/2002-SFF/ANEEL, de 09/04/2002.

Conforme informado no Laudo Técnico, a recorrente, Central Geradora Termelétrica Fortaleza (CGTF) produzia energia via ciclo combinado de gás natural e vapor. Foi projetada a partir do Programa Prioritário de Termoeletricidade (PPT) do Governo Federal, com sede na cidade de Caucaia, Ceará, dentro do Complexo Industrial e Portuário do Pecém. Foi concluída em 2003, com capacidade instalada de 326,60 MW e 318,5 MW de energia assegurada, contando com uma linha de transmissão de 1,2 km em alta-tensão.

A defesa da recorrente é toda calcada no esforço para provar que o índice previsto para reajuste do preço predeterminado, constante do contrato de fornecimento de energia elétrica para a Companhia Energética do Ceará – COELCE, não restou descaracterizado quando do primeiro reajuste, porquanto tal índice refletiria os acréscimos dos custos de produção de energia elétrica, nos exatos termos condicionados pela legislação aplicável, tendo como consequência a tributação de suas receitas pelo PIS e COFINS no sistema cumulativo.

Essa turma de julgamento, em sua composição anterior, na Resolução 3101000.169 que determinou a conversão do julgamento em diligência, assim se manifestou

sobre o índice utilizado pela recorrente (por maioria de votos, vencido o Conselheiro Leonardo Mussi da Silva):

Em que pese o alentado trabalho de convencimento do patrono da recorrente, que acredita firmemente ter trazido prova de que o pronunciamento da ANEEL certifica serem os índices de reajustamento de preços previstos no contrato de fornecimento de energia elétrica da recorrente, reflexo dos custos de produção ou variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, penso que não se pode, à luz do aludido Ofício, de fato, dizer que os índices utilizados pela recorrente (k1, k2 e k3, respectivamente fatores de ponderação dos índices IGPM, de combustíveis e de variação cambial) estão no formato previsto na legislação apontada, até porque o Ofício reporta-se explicitamente apenas ao IGPM, fazendo menção genérica aos “demais índices” no seu último parágrafo. Nesse sentido, concordo com o órgão judicante de primeiro grau, no sentido de que o Ofício da ANEEL trazido aos autos não se afeiçoa a laudo ou parecer para os fins do art. 30 do Decreto nº 70.235/72, que trata de peças técnicas com o escopo de identificar produtos para posterior classificação fiscal, as quais têm caráter específico e não genérico.

O Laudo apresentado, em atendimento ao determinado por essa turma de julgamento através da Resolução 3101000.169, foi dividido em duas partes: a primeira fez uma contextualização da CGTF na recente história do setor elétrico brasileiro e no arcabouço legal e regulatório em que está inserida; a segunda parte fez um estudo da questão específica sobre os reajustes de preços da recorrente para a COELCE, e se esse reajuste ultrapassou ou não a variação dos preços dos insumos.

Questionados se os reajustes de preços no CGTF-COELCE ultrapassaram ou não a variação ponderada dos insumos, os peritos apresentaram a seguinte resposta:

Nesse contexto de forte definição por parte do Estado, os reajustes aplicados desde o início do suprimento CGTF-COELCE não ultrapassaram os custos de produção ou a variação ponderada dos insumos pelas seguintes razões:

- As Regras de Reajuste Contratual foram estabelecidas na legislação setorial;*
- O contrato foi analisado e aprovado pela ANEEL;*
- As regras de reajuste contratual definidas pela legislação setorial visam a variação ponderada dos custos de produção ou dos insumos, em consonância estrita com o princípio da legalidade, observado com todo o natural zelo pelo Regulador, em especial obedecendo o que dispõe o art. 27 da Lei nº 9.069/1995 no que diz respeito às condições necessárias para a utilização de índice diferente do IPC; e*
- A variação de preço de venda não foi superior à dos insumos.*

O Laudo apresentado definiu como insumos da produção de energia os seguintes itens: (i) gás natural e (ii) tarifa do uso do sistema de transmissão (TUST). Apresentou os seguintes preços dos insumos:

INSUMO	PREÇO	DATA REFERÊNCIA	BASE NORMATIVA
GÁS NATURAL	0,304 R\$/m³	junho/2001	Portaria Interministerial MME, MF 176/2001 (2,581 U\$/MBTU, câmbio 2,3436 R\$/U\$)
TUST Pecém	0,831 R\$/kW	Julho/2002	Anexo I, Resolução ANEEL 358/2002

Foram apresentados os seguintes valores corrigidos dos insumos e do preço praticado na venda da CGTF para a COELCE:

DATA	GÁS (R\$/m³)	TUST (R\$/Kw)	CGTF-COELCE (R\$/MWh)
ago/02	0,30400	0,831	122,36
dez/03	0,40298	3,431	159,82
jan/04	0,40298	3,431	159,82
fev/04	0,40298	3,431	159,82
mar/04	0,40298	3,431	159,82
abr/04	0,40504	3,431	163,96
mai/04	0,40504	3,431	163,96
jun/04	0,40504	3,431	163,96
jul/04	0,40504	3,431	163,96
ago/04	0,40504	2,675	163,96
set/04	0,40504	2,675	163,96
out/04	0,40504	2,675	163,96
nov/04	0,40504	2,675	163,96
dez/04	0,40504	2,869	163,96
jan/05	0,40504	2,869	163,96
fev/05	0,40504	2,869	163,96
mar/05	0,40504	2,869	163,96
abr/05	0,40632	2,869	163,55
mai/05	0,40632	2,869	163,55
jun/05	0,40632	2,869	163,55
jul/05	0,40632	3,385	163,55
ago/05	0,40632	3,385	163,55
set/05	0,40632	3,385	163,55
out/05	0,40632	3,385	163,55
nov/05	0,40632	3,385	163,55
dez/05	0,40632	3,385	163,55

O reajuste de preço relativo ao fornecimento para a COELCE foi efetuado em abril de 2004, no percentual de 34%, em relação à data de referência contratual de 31/08/2002, considerando uma variação no preço do gás natural de 33,24%, portanto, em percentual maior do que seu principal insumo, mas inferior à variação da tarifa do uso do sistema de transmissão (TUST) de 312,88%.

Entretanto, para análise das variações do preço final praticado no contrato de fornecimento para a COELCE em contrapartida com a variação do preço dos insumos, torna-se necessário conhecer a composição final do preço com base nesses insumos, ou seja, o fator de ponderação de cada insumo (gás natural e TUST) na composição do preço final da energia vendida. Apenas com base no preço dos insumos ponderados (custo total dos insumos indicados), na mesma base do preço de venda de energia (R\$/MWh), é possível confirmar a afirmação dos peritos que *“a variação de preço de venda não foi superior à dos insumos”*.

Diante dos fatos apurados nos presente autos, voto no sentido converter o presente julgamento em diligência, para que a unidade de origem intime novamente a recorrente, para trazer aos autos complemento do laudo pericial com a informação completa da composição final do preço de venda de energia para a COELCE, informando, de forma detalhada, a ponderação dos insumos gás natural e TUST na composição do preço final da energia vendida, com a correspondente relação insumo x produto da energia vendida para a COELCE no ano de 2005.

Sala das sessões, em 30 de janeiro de 2014.

Rodrigo Mineiro Fernandes – Relator