



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

Processo nº 10730.900916/2009-17
Recurso nº
Resolução nº 3403-000.271 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Data 31 de agosto de 2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente CIEN COMPANHIA DE INTERCONEXÃO ENERGÉTICA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por maioria de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Domingos de Sá Filho. Sustentou pela recorrente o Dr. Luiz Henrique Barros de Arruda

Antonio Carlos Atulim – Presidente

Ivan Allegretti – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Liduína Maria Alves Macambira, Domingos de Sá Filho, Winderley Moraes Pereira, Ivan Allegretti e Marcos Tranchesí Ortiz.

Relatório

Trata-se de Declaração de Compensação transmitida pelo contribuinte em 31.01.2006 (fl. 237), indicando como crédito o recolhimento a maior de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) em relação ao fato gerador 28/02/2005.

A homologação da compensação foi recusada por meio de Despacho Decisório (fl. 238) sob o fundamento de que *“A partir das características do DARF discriminado no PER/DCOMP acima identificado, foram localizados um ou mais pagamentos, abaixo relacionados, mas integralmente utilizados para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação de débitos informados no PER/DCOMP”*.

A notificação aconteceu em 04.03.2009 (fl. 242).

O contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls. 1/8) alegando, em síntese, que houve recolhimento a maior a título de Cofins não-cumulativo, em razão de ter computado no regime não-cumulativo receitas que deveriam ter sido submetidas ao regime cumulativo, por força do art. 10, XI, “b” da Lei nº 10.833/2003, combinado com o art. 109 da Lei nº 11.196/2005 e arts. 2º e 3º da IN SRF nº 658/2006.

Estes dispositivos preveem o seguinte, sucessivamente:

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:

a) com prazo superior a 1 (um) ano, de administradoras de planos de consórcios de bens móveis e imóveis, regularmente autorizadas a funcionar pelo Banco Central;

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

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;

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.

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:

I - com prazo superior a 1 (um) ano, de administradoras de planos de consórcios de bens móveis e imóveis, regularmente autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil;

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

IV - com prazo superior a 1 (um) ano, de revenda de imóveis, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária e construção de prédio destinado à venda.

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

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.

Alega que, tendo percebido o erro na apuração, recalculou os valores pertinentes ao regime regime não-cumulativo, resultando no indébito cujo valor indicou como crédito na DCOMP, “mas se ouvidou de retificar a DCTF correspondente (doc. 8), fato que induziu a digna autoridade a quo a supor que inexistia crédito a restituir/compensar, conforme expôs no r. despacho decisório ora enfrentado” (itens 3.5 e 3.5.1 da manifestação de inconformidade).

Informou, ainda, que havia usado o índice errado da Selic para a atualização do indébito e que também havia deixado de recolher uma diferença de valor em relação ao regime cumulativo, mas que providenciou o recolhimento destes valores por meio de DARF.

Com a manifestação de inconformidade juntou cópia dos contratos firmados com FURNAS – CENTRAIS ELÉTRICAS S/A, em 05.05.1998 (Contrato 12.399), com as CENTRAIS GERADORAS DO SUL DO BRASIL – GERASUL em 20.10.1999 (Contrato 2118002) e com a COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO RIO DE JANEIRO – CERJ em 26.06.2002 e 21.07.2003.

Todos estes contratos foram firmados pelo prazo de 20 anos.

Também juntou cópia da DCTF e da DCOMP relacionada aos períodos envolvidos.

Em seguida o contribuinte protocolou um aditamento à manifestação de inconformidade (fls. 201/202), promovendo a juntada de “*demonstrativo da composição das corretas bases de cálculo da COFINS no período, nos regimes cumulativo e não cumulativo, acompanhado do Balancete e das folhas do Livro Razão correspondentes, que indicam (i) a receita bruta de venda de energia elétrica no mês; (ii) a parcela da receita decorrente dos contratos sujeitos ao regime cumulativo; bem como (iii) as receitas diferidas na forma do artigo 7º da Lei nº 9.718/98*”.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento do Rio de Janeiro II/RJ (DRJ), por meio do Acórdão nº 13-31.336, de 3 de setembro de 2010 (fls. 270/272) manteve a decisão de não homologação, resumindo seu entendimento na seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 15/03/2005

Preço Predeterminado. Subsistência. Até a primeira alteração.

A permanência no regime cumulativo do PIS e da Cofins, na hipótese prevista no inciso XI, artigo 10 da Lei nº 10.833/03, depende do miter predeterminado do preço, que subsiste somente até a implementação, após 31/10/03, da primeira alteração do preço decorrente da aplicação de cláusula contratual de reajuste, salvo situações excepcionais legalmente previstas.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

No voto proferido na DRJ, depois de esclarecer que a IN SRF 486/2004 foi revogada pela IN SRF 658/2006, explicou o Relator o seguinte, analisando os contratos:

*Em juízo inicial, por meio do confronto dos dados acima sintetizados com os requisitos legais (1 a 4), acima resumidos, conclui-se que os mencionados contratos atendem as exigências da lei para que a contribuinte possa adotar o regime cumulativo para as receitas daí derivadas. Ocorre que há outro **requisito referente a permanência no regime**. A lei impõe a exclusão do regime cumulativo, quando da primeira alteração no preço do fornecimento, conforme se verifica abaixo:*

Instrução Normativa SRF nº 658/2006

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. 22, 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 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.

E necessário, então, voltar a examinar cada contrato para verificar se atende ao disposto no art. 3º da IN nº 658/06, que regulou o preço predeterminado referenciado na Lei.

*No primeiro contrato, firmado com FURNAS, registra-se na cláusula 28, pág. 33 do contrato, que o reajuste com base na **variação do IGPM** é realizado a cada 12 meses no mês de setembro, deduzindo-se daí ter havido em setembro de 2004 o primeiro reajuste após a data de 31/10/03. Portanto, a partir de outubro de 2004 as receitas decorrentes deste contrato já deveriam ser computadas no regime da não-cumulatividade. Ora, a contribuinte solicita reconhecimento de direito de crédito, em razão da adoção (equivocada segundo alega) do regime não-cumulativo, no período de **janeiro de 2005**, posterior ao término da permanência no regime cumulativo permitido pelas regras legais constantes da Lei nº 10.833/03 e Instruções Normativas acima reproduzidas.*

*No segundo contrato, firmado com a GERASUL, registra-se na cláusula 28, pág. 34 do contrato, que o reajuste com base na variação do IGPM é realizado a cada 12 meses no mês de setembro, deduzindo-se daí ter havido em setembro de 2004 o primeiro reajuste após a data de 31/10/03. Portanto, **a partir de outubro de 2004** as receitas decorrentes deste contrato já deveriam ser computadas no regime da não-cumulatividade. Ora, a contribuinte solicita reconhecimento de direito de crédito, em razão da adoção (equivocada segundo alega) do regime não-*

cumulativo, no período de fevereiro de 2005, posterior ao término da permanência no regime cumulativo permitido pelas regras legais constantes da Lei nº 10.833/03 e Instruções Normativas acima reproduzidas.

No terceiro contrato, firmado com a CERJ, registra-se na cláusula 12, pág. 20 do contrato, que o reajuste com base na variação do IGPM é realizado a cada 12 meses no dia 31/12, deduzindo-se daí ter havido em 31/12/03 o primeiro reajuste após a data de 31/10/03. Portanto, a partir de janeiro de 2004 as receitas decorrentes deste contrato já deveriam ser computadas no regime da não-cumulatividade. Ora, a contribuinte solicita reconhecimento de direito de crédito, em razão da adoção (equivocada segundo alega) do regime não-cumulativo, no período de fevereiro de 2005, posterior ao término da permanência no regime cumulativo permitido pelas regras legais constantes da Lei nº 10.833/03 e Instruções Normativas acima reproduzidas.

No quarto contrato, firmado também com a CERJ, registra-se no parágrafo primeiro da cláusula 15, com a redação dada pelo Primeiro Termo Aditivo ao contrato, que o reajuste com base na variação do IGPM é realizado a cada 12 meses no dia 31/12, a partir de 31/12/03, que é a data de início conforme na cláusula 2, com a redação dada pelo Primeiro Termo Aditivo ao contrato, deduzindo-se daí ter havido em 31/12/04 o primeiro reajuste após a data de 31/10/03. Portanto, a partir de janeiro de 2005, as receitas decorrentes deste contrato já deveriam ser computadas no regime da não-cumulatividade. Ora, a contribuinte solicita reconhecimento de direito de crédito, em razão da adoção (equivocada segundo alega) do regime não-cumulativo, no período de fevereiro de 2005, posterior ao término da permanência no regime cumulativo permitido pelas regras legais constantes da Lei nº 10.833/03 e Instruções Normativas acima reproduzidas.

Conclusão: *Quanto aos contratos analisados, não procede o pedido, porquanto, o regime da não-cumulatividade fora adotado corretamente no período de fevereiro de 2005, descabendo a troca para o regime cumulativo, não existindo, assim, o crédito que daí decorreria.*

O contribuinte apresentou recurso voluntário, no qual reitera os mesmos argumentos da sua manifestação de inconformidade, além de alegar a nulidade do acórdão da DRJ por ter se omitido da apreciação do Ofício ANEEL nº 1431/2006, “no qual o próprio Governo Federal, por intermédio de seu órgão técnico competente, havia afirmado peremptoriamente que esses reajustes ‘visam exatamente refletir a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados’, nas forma prevista nos mencionados artigos 27, § 1º, II da Lei nº 9.069/95 e artigo 109 da Lei nº 11.196/05”, alegando, ainda, que diante desta prova incumbiria ao Fisco produzir contraprova de que os índices dos contratos seria superiores ao que corresponderiam ao acréscimo do custo de produção ou variação ponderada dos custos dos insumos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ivan Allegretti, Relator.

O recurso é tempestivo, motivo pelo qual dele conheço.

A discussão gira em torno da aplicação do disposto no art. 10, XI, “b” da Lei nº 10.833/2005, que mantém no regime cumulativo de apuração da Pis/Cofins as receitas decorrentes de contratos firmados antes de 31 de outubro de 2003, desde que “*com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço determinado, de bens ou serviços*”.

A DRJ recusou este tratamento aos contratos do recorrente por entender que tal dispositivo apenas se aplicaria enquanto perdurasse o mesmo preço cobrado antes da edição da Lei nº 10.833/2003, deixando de receber este tratamento depois da primeira atualização prevista no contrato.

Aliás, a DRJ utiliza como critério a data prevista no texto do contratos, presumindo que naquela data teria se concretizado a atualização do valor do contrato.

O Poder Judiciário vem interpretando a Lei de maneira diferente, no sentido de que “*O preço predeterminado em contrato não perde sua natureza simplesmente pela previsão de reajuste decorrente da correção monetária. Se a pretensão do legislador, a partir da Lei 10.833/03, fosse não abarcar, na hipótese em estudo, os contratos com preço preestabelecido e cláusula de reajuste, o termo apropriado seria preço fixo, que não se confunde com o preço predeterminado*” (TRF 1ª Região. Rel. Des. Fed. MARIA DO CARMO CARDOSO. REOMS 200536000125322. DJ 9/3/2007).

No entendimento deste relator, a matéria jurídica está bem delimitada, sendo possível o seu julgamento.

No entanto, concordo com entendimento dos colegas, manifestado em sessão de julgamento, quanto ao fato de que simplesmente não houve a auditoria fiscal quanto aos valores apresentados pelo contribuinte.

Ou seja, não se sabe se o crédito apresentado pelo contribuinte de fato confere com a diferença de valores que teria sido recolhida a maior, ou ainda, se realmente decorre da sujeição ao regime cumulativo das receitas decorrentes dos contratos apresentados pelo contribuinte.

Por isso, entendo ser o caso de converter o julgamento em diligência, determinando o retorno dos autos para a Delegacia de origem para que seja auditada a apuração do indébito apresentada pelo contribuinte, verificando qual o valor das receitas que envolvem cada um dos contratos em questão, e qual seria o valor do indébito, considerando os valores recolhidos e a apuração das demais receitas pelo regime não-cumulativo, se a receita destes contratos de fato devessem se sujeitar ao regime cumulativo.

Deve ser verificado, ainda, com as intimações ao contribuinte que sejam necessárias, em que momentos foi aplicado o reajuste relativos aos contratos, indicando os valores anteriores e posteriores ao reajuste, bem como o tipo, o percentual e a natureza dos

Processo nº 10730.900916/2009-17
Resolução n.º **3403-000.271**

S3-C4T3
Fl. 8

índices de atualização que foram aplicados, em relação ao período entre a edição da Lei nº 10.833/2003 e o momento final do período em relação ao qual se refere o presente caso.

Depois de lavrado relatório conclusivo da diligência, deve ser concedida vista de 30 (trinta) dias para o contribuinte se manifestar a seu respeito, então devolvendo-se os autos a este Conselho para julgamento.

É como voto.

Ivan Allegretti