



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

Processo nº 10880.694457/2009-11
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3302-000.493 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 29 de janeiro de 2015
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente CTEEP COMPANHIA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PAULISTA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Walber José da Silva

Presidente

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède

Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, Gileno Gurjão Barreto, Fabiola Cassiano Keramidas, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Paulo Guilherme Déroulède e Antonio Mário de Abreu Pinto.

RELATÓRIO

Trata o presente de declaração de compensação, relativa a crédito de setembro/2004, indeferida pela autoridade administrativa sob o fundamento de que o DARF informado como origem do crédito fora utilizado para quitação de outros débitos.

A recorrente apresentou manifestação de inconformidade, alegando que:

1. A maior parte das receitas decorrem da prestação do serviço de transmissão de energia elétrica de acordo com contrato firmado em 13/09/1999 (CONTRATO CPST Nº 006/1999), firmado com o Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS;

2. Estas receitas estariam sujeitas à incidência cumulativa da Lei nº 9.718/98, por decorrerem de contratos de longo prazo, a preço predeterminado e firmado anteriormente a 31/10/2003, por disposição prevista no inciso XI, alíneas "b" e "c", do art. 10 da Lei nº 10.833/2003;

3. A Nota Técnica nº 224/2006, expedida pela SFF/ANEEL, apresentou entendimento sobre o tema, concluindo que as receitas decorrentes dos Contratos de Prestação de Serviço de Transmissão - CPST, firmados anteriormente a 31/10/2003, e reajustados anualmente pelo IGP-M, se sujeitam à incidência cumulativa das contribuições prevista na Lei nº 9718/98;

4. Recolheu, equivocadamente, as contribuições para o PIS e Cofins no regime não-cumulativo, não separando as sujeitas ao regime cumulativo, e, posteriormente, transmitiu várias DCOMPs para aproveitar o crédito originado do pagamento indevido;

5. Estava providenciando a retificação das DCTF e Dacons, quando foi surpreendida com a ciência dos despachos decisórios, não homologando as compensações;

6. Foi necessária a retificação dos Dacons e das DCTF, após a ciência dos despachos decisórios, para corrigir o erro de fato cometido e que as DCOMPs não foram retificadas em razão da intimação para ciência dos despachos decisórios, de acordo com a vedação constante nos artigos 77 e 95 da IN RFB nº 900/2008;

7. Os erros cometidos no preenchimento dos DARFs, DCTFs, Dacons e DCOMP não causaram prejuízo ao erário e devem ser reconhecidos pela Administração Tributária, nos termos do art. 147 do CTN e em atendimento ao princípio da verdade material;

8. Poderá disponibilizar os documentos como Diário, Razão, Faturas, Balancetes, Contratos, normas da ANEEL para realização de diligência, caso seja necessária;

A Terceira Turma da DRJ/BEL em Belém proferiu decisão nos termos da ementa que abaixo transcreve-se:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004

DCOMP. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. ÔNUS DA PROVA.

Considera-se não homologada a declaração de compensação quando não reste comprovada a existência do crédito apontado como compensável. Em sede de compensação, o contribuinte possui o ônus de prova do seu direito.

DIREITO CREDITÓRIO. PROVA. DCTF E DACON RETIFICADORES.

A DCTF e o DACON Retificadores, na condição de documentos confeccionados pelo próprio interessado, não exprimem nem materializam, por si só, o indébito fiscal.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

A recorrente interpôs tempestivamente recurso voluntário, alegando resumidamente que:

1. O IGP-M deve ser considerado índice que reflete a variação ponderada dos custos e, portanto, enquadrado no art. 109 da Lei nº 11.196/2005;

2. Ainda que se negue a inclusão do IGP-M no art. 109 da Lei n 11.196/2005, tal índice é mero reajuste do preço contratado, e não modificação deste preço, e que se o art. 109 da Lei nº 11.196/2005 estipulou que a variação dos custos não descaracteriza o preço predeterminado, com maior razão, um índice geral de correção não deveria descaracterizá-lo;

3. As IN SRF 468/2004 e 658/2006 consistem em flagrante ofensa ao princípio da legalidade insculpido no art. 150, inciso I da Constituição Federal;

4. O indébito decorre de erro na aplicação da alíquota;

5. Não disponibilizou toda a documentação, como Diário, Razão, Faturas, Balancetes, normas da ANEEL em razão do grande volume, vez que foram apresentadas 51 defesas administrativas;

6. Em momento algum, afirmou que a retificação do DACON e da DCTF constituem o direito creditório líquido e oponível à RFB, mas que pretendeu apenas cumprir os deveres instrumentais quanto ao erro alegado e que tais informações estão consubstanciadas em sua escrituração contábil;

Cita, ainda, jurisprudência deste Conselho e do STJ e apresenta cópia do balancete, demonstrativos das receitas, indicação da conta contábil, de modo a corroborar suas alegações.

Na forma regimental, o processo foi distribuído a este relator.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Paulo Guilherme Déroulède.

O recurso voluntário atende aos pressupostos de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

A autoridade administrativa indeferiu a homologação pelo fato de o DARF apontado como origem do crédito pleiteado estava alocado a débitos em DCTF. Após a ciência do despacho, a recorrente providenciou a retificação do Dacon e da DCTF, demonstrando os valores alegados como corretos.

A DRJ considerou a manifestação de inconformidade improcedente, sob os argumentos de que o contrato CPST 006/1999, apresentado pela recorrente, não era apto a demonstrar que não houve após 31/10/2003 a implementação de quaisquer das ocorrências que descaracterizassem o preço predeterminado; que a Cláusula 53 assegurava às partes a prerrogativa de solicitar a revisão das cláusulas e condições avençadas; que a competência da ANEEL não alcança a interpretação da legislação tributária; que o IGP-M não constitui índice que reflete a variação dos custos de produção nem reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados; que a desconstituição dos créditos confessados não se efetiva com a apresentação da DCTF e Dacon retificadores, mas com a apresentação da escrita fiscal e contábil e respectiva documentação de suporte.

Por sua vez, a recorrente, em recurso voluntário, alega que o reajuste pelo IGP-M não descaracteriza o preço determinado, e apresenta cópias dos balancetes e demonstrativos de forma a comprovar seu direito.

Vê-se que a lide se refere ao alcance da expressão "preço predeterminado", e, conseqüentemente, da sujeição das receitas auferidas à incidência não-cumulativa ou cumulativa das contribuições.

Passa-se, assim, à análise dos requisitos para exclusão das receitas em questão da incidência não-cumulativa das contribuições e da definição de preço predeterminado.

As receitas decorrentes de determinados contratos firmados antes de 31/10/2003 foram excluídas da incidência não-cumulativa das contribuições, a partir da vigência do inciso XI do artigo 10 da Lei nº 10.833/2003, aplicado ao PIS/Pasep pelo art. 15 da referida lei:

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: (Produção de efeito)

[...]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. 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 - no art. 10, incisos VI, IX e XI a XXI desta Lei; e (Incluído pela Lei nº 10.865, de 2004)

V - nos incisos VI, IX a XXV do caput e no § 2º do art. 10 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.051, 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)

Regulamentando o dispositivo, a RFB editou a IN SRF 468/2004, que, em seu art.2º, estipulou que a implementação do primeiro reajuste ou a revisão para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, após 31/10/2003, descaracterizariam o preço predeterminado, nos seguintes termos:

Art. 2º 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 - 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.

Posteriormente, a Lei nº 11.196/2005, em seu art. 109, dispôs que o reajuste de preços em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos não será considerado para fins de descaracterização do preço determinado:

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.

Novamente, regulamentando a matéria, a RFB editou a IN SRF nº 658/2006, revogando a IN SRF nº 468/2004 e incorporando as disposições do art. 109 acima mencionado, nos seguintes termos:

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.***(grifo não original)

Art. 4º Na hipótese de pactuada, a qualquer título, a prorrogação do contrato, as receitas auferidas depois de vencido o prazo contratual vigente em 31 de outubro de 2003 sujeitar-se-ão à incidência não-cumulativa das contribuições.

Verifica-se que a Receita Federal considerou que as hipóteses de reajuste e de revisão dos contratos administrativos, destinados à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, expressos no art. 55, inciso III, 57, 58 e 65 da Lei nº 8.666/93, descaracterizariam o preço predeterminado, excetuando o reajuste 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.

A revisão contratual decorre de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual².

Já o reajuste é cláusula necessária nos contratos administrativos³ e "*objetiva reconstituir os preços praticados no contrato em razão de fatos previsíveis, é dizer, álea econômica ordinária, no momento da contratação, ante a realidade existente, como a variação inflacionária. Por decorrência, o reajuste deve retratar a alteração dos custos de produção a fim de manter as condições efetivas da proposta contratual, embora muitas vezes não alcance este desiderato relativamente a certo segmento ou agente econômicos*".

A legislação distingue as duas figuras, como se observa na Lei nº 8.987/95, que, dispondo sobre o regime de concessão de serviços públicos, especifica em seu art. 9º, §3º⁴, a

¹ A data é 31/10/2003.

² Art. 65, inciso II, alínea "d" da Lei nº 8.666/93

³ Art. 55, inciso III da Lei nº 8.666/93

⁴ Lei 8.987/95:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

[...]

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

possibilidade de revisão da tarifa decorrente da criação ou alteração de tributos. Já o artigo 18 da referida lei dispõe que o edital de licitação deverá prever os critérios de reajuste e revisão da tarifa, também ocorrendo a referida distinção nos artigos 23 e 29.

A situação aqui tratada refere-se a reajuste e não a revisão contratual e se o procedimento altera o preço predeterminado. A definição desta expressão adotada pela RFB era a disposta na IN SRF nº 21/79:

3 - Produção em Longo Prazo O contrato de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens e serviços a serem produzidos, com prazo de execução física superior a 12 (doze) meses, terá seu resultado apurado, em cada período-base, segundo o progresso dessa execução:

3.1 - 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 o fixado contratualmente para cada unidade.

A instrução normativa acima foi utilizada como fundamento em diversas soluções de consulta da RFB, após a edição do inciso XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003. O entendimento era pacífico neste sentido até a edição da IN SRF 468/2004.

Porém a RFB editou a referida instrução, modificando o entendimento sobre a definição de preço predeterminado, sem que qualquer lei tenha sido publicada alterando tal definição. Foi meramente nova interpretação normativa que suscitou rebates por parte dos contribuintes, tendo o STJ se pronunciado sobre a ilegalidade da IN SRF 468/2004:

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.310.284 - PR (2012/0035548-7)

EMENTA TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. COFINS. REGIME DE CONTRIBUIÇÃO. LEI N. 10.833/03. INSTRUÇÃO NORMATIVA 468/2004. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. A eventual nulidade da decisão monocrática calcada no art. 557 do CPC fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, na via de agravo regimental, como bem analisado no REsp 824.406/RS de Relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, em 18.5.2006.

§ 3o Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

[...]

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

[...]

IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

[...]

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

2. A Secretaria da Receita Federal, por meio da Instrução Normativa 468/04, ao definir o que é "preço predeterminado", estabeleceu que "o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação da primeira alteração de preços" e, assim, acabou por conferir, de forma reflexa, aumento das alíquotas do PIS (de 0,65% para 1,65%) e da COFINS (de 3% para 7,6%).

3. Somente é possível a alteração, aumento ou fixação de alíquota tributária por meio de lei, sendo inviável a utilização de ato infralegal para este fim, sob pena de violação do princípio da legalidade tributária.

Precedentes: REsp 1.089.998-RJ, DJe 30/11/2011; REsp 1.109.034-PR, DJe 6/5/2009; e REsp 872.169-RS, DJe 13/5/2009.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.088 - MT (2009/0235718-4)

EMENTA PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ART. 535, II, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. INTIMAÇÃO PESSOAL DA FAZENDA. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. NATUREZA PREVENTIVA. SÚMULA 7/STJ. ART. 10, XI, "B" DA LEI 10.833/03. CONCEITO DE PREÇO PREDETERMINADO. IN SRF 468/04. ILEGALIDADE. PRECEDENTE. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. MULTA. AFASTAMENTO. SÚMULA 98/STJ.

[...]4. O preço predeterminado em contrato, previsto no art. 10, XI, "b", da Lei 10.833/03, não perde sua natureza simplesmente por conter cláusula de reajuste decorrente da correção monetária. Ilegalidade da IN n.º 468/04. Precedente.

5. A multa fixada com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, deve ser afastada quando notório o propósito de prequestionamento dos embargos de declaração. Incidência da Súmula 98/STJ.

6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.089.998 - RJ (2008/0205608-2)

EMENTA TRIBUTÁRIO. COFINS. REGIME DE CONTRIBUIÇÃO. LEI N. 10.833/03. INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 468/2004. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. Cuida-se de recurso especial interposto pelo contribuinte, questionando o poder regulamentar da Secretaria da Receita Federal, na edição da Instrução Normativa n. 468/04, que regulamentou o art. 10 da Lei n. 10.833/03.

2. O art. 10, inciso XI, da Lei n. 10.833/03 determina que os contratos de prestação de serviço firmados a preço determinado antes de 31.10.2003, e com prazo superior a 1 (um) ano, permanecem sujeitos ao regime tributário da cumulatividade para a incidência da COFINS. (Grifo meu.)

3. A Secretaria da Receita Federal, por meio da Instrução Normativa n. 468/04, ao definir o que é "preço predeterminado", estabeleceu que "o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a

implementação da primeira alteração de preços " e, assim, acabou por conferir, de forma reflexa, aumento das alíquotas do PIS (de 0,65% para 1,65%) e da COFINS (de 3% para 7,6%).

4. Somente é possível a alteração, aumento ou fixação de alíquota tributária por meio de lei, sendo inviável a utilização de ato infralegal para este fim, sob pena de violação do princípio da legalidade tributária.

5. No mesmo sentido do voto que eu proferi, o Ministério Público Federal entendeu que houve ilegalidade na regulamentação da lei pela Secretaria da Receita Federal, pois "a simples aplicação da cláusula de reajuste prevista em contrato firmado anteriormente a 31.10.2003 não configura, por si só, causa de indeterminação de preço, uma vez que não muda a natureza do valor inicialmente fixado, mas tão somente repõe, com fim na preservação do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, a desvalorização da moeda frente à inflação ." (Fls. 335, grifo meu.)

Mantenho o voto apresentado, no sentido de dar provimento ao recurso especial.

De fato, a IN SRF nº 468/2004 extrapolou a legislação vigente ao estipular que o reajuste implicaria em descaracterização do preço predeterminado. Entretanto, o advento do art. 109 da Lei nº 11.196/2005 alterou a configuração legislativa sobre a matéria.

O art. 109 mencionou expressamente que "*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 9.069/95, não será considerado para fins da descaracterização do preço predeterminado*". Se a intenção da modificação era permitir que o reajuste não descaracterizasse o preço predeterminado, não foi o que restou publicado.

O art. 109 faz referência à Lei 9.069/95, conversão das MPs que criaram o Plano Real, na qual estipulava que a correção monetária, em virtude de estipulação legal ou em negócio jurídico, deveria dar-se pelo Índice de Preços ao Consumidor, Série r - IPC-r, de acordo com o art. 27 da Lei nº 9.069/95, mas ressalvadas as hipóteses de seu parágrafo primeiro:

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às operações e contratos de que tratam o Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e o art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994;

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;

III - às hipóteses tratadas em lei especial.

Foi justamente sobre o inciso II do §1º que o art. 109 fez a ressalva quanto ao reajuste não descaracterizar o preço predeterminado e não sobre o IPC-r.

Salienta-se que a Lei nº 10.192/2001, conversão de MPs que se originaram da MP nº 1.503/95, extinguiu o IPC-r em seu art. 8º:

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.

§ 2º Na hipótese de não existir previsão de índice de preços substituto, e caso não haja acordo entre as partes, deverá ser utilizada média de índices de preços de abrangência nacional, na forma de regulamentação a ser baixada pelo Poder Executivo.

A mesma lei, em seu artigo 2º, dispôs que:

Art. 1º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.

Parágrafo único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:

I - pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei no 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6º da Lei no 8.880, de 27 de maio de 1994;

II - reajuste ou correção monetária expressas em, ou vinculadas a unidade monetária de conta de qualquer natureza;

III - correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados, ressalvado o disposto no artigo seguinte.

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.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

§ 2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.

§ 3º Ressalvado o disposto no § 7º do art. 28 da Lei no 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.

O Decreto nº 1.544/95 estipulou que, na hipótese de não existir previsão de índice para substituir o IPC-r e na falta de acordo entre as partes, deveria ser utilizada a média

aritmética entre o Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC - do IBGE e o Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna - IGP-DI - da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Art. 1º Na hipótese de não existir previsão de índice de preços substituto, e caso não haja acordo entre as partes, a média de índices de preços de abrangência nacional a ser utilizada nas obrigações e contratos anteriormente estipulados com reajustamentos pelo IPC-r, a partir de 1º de julho de 1995, será a média aritmética simples dos seguintes índices:

I - Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE);

II - Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna (IGP-DI), da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Observa-se que a própria legislação, já em 1995, cuidou de diferenciar o reajuste em função de índices gerais ou setoriais do reajuste em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, inicialmente no art. 27 da Lei 9.069/95 e posteriormente nos artigos 1º e 2º da Lei nº 10.192/2001 (na realidade, a diferença temporal entre as disposições é de apenas 10 dias).

O art. 109, ao se referir apenas ao reajuste em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, acabou inovando a definição de preço predeterminado, estabelecendo uma distinção até então inexistente. Quisesse apenas referir-se a reajuste em geral, bastaria tê-lo feito nos termos do art. 2º da Lei nº 10.192/2001.

Reforçam este entendimento, as emendas feitas à MP 252/2005, citadas na Nota Técnica 224/2006 SFF-ANEEL: Emendas nº 224 (Dep. Eduardo Gomes), 225 (Dep. Eduardo Sciarra), e 353 (Dep. Max Rosenmann):

EMENDA - ART. 44-A. O art. 10, inciso XI, da Lei nº 10.833, de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 10.....

XI- as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, independentemente de a eles serem aplicados reajustamentos previstos em cláusulas contratuais."

JUSTIFICATIVA:

a redação proposta , com adição da locução "independentemente de a eles serem aplicados reajustamentos previstos em cláusulas contratuais" faz-se necessária, visto que o Poder Executivo através da Instrução Normativa nº 468/2004, da SRF, mudou a interpretação do conceito de "preço predeterminado" passando a impedir que os contratos abrangidos pela Lei nº 10.833/2003, deixem de usufruir o direito de permanecer sob o regime da cumulatividade. A IN em questão entende que o simples reajuste de preço por índices oficiais já caracteriza uma mudança da base do preço e desta forma afasta a eficácia do dispositivo legal. No fundo o que a IN faz é, na prática,

equiparar o conceito de preço predeterminado " ao conceito de preço fixo, uma vez que praticamente não existe contrato com prazo superior a um ano sem previsão de reajustamento.

Tivesse sido assim publicado o artigo 109, a interpretação forçosamente retornaria ao texto da IN SRF nº 21/79, mas não foi o ocorrido.

Todavia, a redação da IN SRF 658/2006 modificou, sutilmente, a redação do art. 109, ao dispor no §3º do art. 3º:

§ 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.

A redação da lei que era "*reajuste de preços em função do*" foi regulamentada como "*reajuste de preços em percentual não superior*". Esta redação não exclui, *a priori*, a utilização de qualquer índice, desde que ele não ultrapasse o acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

Assim, se a fórmula de reajuste utilizada não ultrapassar aqueles limites, deve tal fórmula de reajuste não descaracterizar o preço predeterminado. Ressalta-se que o art. 109 está em consonância com o fundamento econômico para o reajuste que é a variação dos custos, como dispõe o inciso XI do art. 40 da Lei nº 8.666/93 e o inciso XVIII do art. 3º da Lei nº 9.427/96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL:

Lei nº 8.666/93:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Lei nº 9.427/96:

Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004) (Vide Decreto nº 6.802, de 2009).

[...]XVIII - definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição, sendo que as de transmissão devem ser baseadas nas seguintes diretrizes: (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

a) assegurar arrecadação de recursos suficientes para cobertura dos custos dos sistemas de transmissão; e (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

a) assegurar arrecadação de recursos suficientes para a cobertura dos custos dos sistemas de transmissão, inclusive das interligações internacionais conectadas à rede básica; (Redação dada pela Lei nº 12.111, de 2009)

b) utilizar sinal locacional visando a assegurar maiores encargos para os agentes que mais onerem o sistema de transmissão; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

Estabelecidas as condições para a definição de preço predeterminado, passa-se à análise do contrato apresentado.

A recorrente auferiu receitas decorrentes da prestação de serviço de transmissão de energia elétrica, regulado pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL - instituída pela Lei nº 9.427/1996, e pelo contrato firmado com o Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS - em 13/09/1999, intitulado Contrato de Prestação de Serviço de Transmissão de Energia Elétrica (CONTRATO CPST Nº 006/1999).

O ONS é entidade de direito privado sem fins lucrativos, cabendo-lhe, dentre outras atribuições, a de contratar e administrar os serviços de transmissão de energia elétrica e respectivas condições de acesso, bem como dos serviços ancilares, nos termos do art. 13, parágrafo único, alínea "d" da Lei nº 9.648/98, sob fiscalização e regulação da ANEEL (Resolução nº 351/98 e Decreto nº 2.655/98).

O contrato celebrado denomina-se CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSMISSÃO e tem por objeto regular as condições de administração e coordenação por parte da ONS, da prestação de serviço de transmissão pela Transmissora (recorrente). Seu prazo de vigência é a partir de 13/09/1999 e permanece até a extinção da concessão da transmissora.

A cláusula 36º dispõe que a recorrente teria direito a receber dos usuários, mediante os Contratos de Uso do Sistema de Transmissão, um duodécimo da receita anual permitida, e seu parágrafo 1º dispôs que os serviços de operação de rede básica, serviços de telecomunicações e serviços ancilares seriam remunerados pela RAP até a assinatura de contratos específicos, a serem assinados até 30/06/2000 e 31/12/2002.

A cláusula 37º menciona ainda a existência de Contrato de Concessão de Serviço Público de Transmissão de Energia Elétrica. A cláusula 40º estipula que o pagamento mensal à transmissora será realizado de acordo com as datas e condições definidas nos Contratos de Uso do Sistema de Transmissão.

Cláusula 40º O pagamento mensal, definido na Cláusula 36, devido pelos USUÁRIOS à TRANSMISSORA pela Prestação dos Serviços de Transmissão, será realizado em 3 (três) vencimentos, cada um equivalente a 1/3 (um terço) do valor global devido, nas datas e condições definidas nos CONTRATOS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO.*

Verifica-se que o contrato apresentado é entre o ONS e a recorrente e destina-se a regular as condições de administração e coordenação por parte da ONS, da prestação de serviço de transmissão, mas não corresponde aos contratos dos quais decorrem as receitas auferidas. Assim, nestes contratos é que estão previstos as condições que permitem aferir sua caracterização como de longo prazo e do preço predeterminado, como: data de assinatura, prazo de vigência, data em que ocorreu o primeiro reajuste, fórmula estabelecida para cálculo do reajuste, e outros.

Por outro lado, a Nota Técnica nº 224/2006, elaborada pela Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira – SFF/ANEEL, apresenta os modelos de contratos utilizados na concessão do serviço público de transmissão, contratos de prestação de serviços de transmissão - CPST - e contratos de uso do sistema de transmissão - CUST.

Da análise das cláusulas dos modelos apresentados, são necessários alguns esclarecimentos por parte da recorrente para melhor compreendê-los, bem como detalhar a receita auferida, vinculando cada parcela ao contrato que lhe deu origem.

Diante do exposto, voto para converter o presente julgamento em resolução para que a autoridade administrativa intime a recorrente a:

1. Relacionar as receitas auferidas ao contrato do qual decorrem;
2. Apresentar o Contrato de Concessão do Serviço Público de Transmissão, especificando a data de assinatura, o prazo de vigência, as condições contratadas para o reajustamento - fórmula e datas de reajuste;
3. Identificar o primeiro reajustamento ocorrido após 31/10/2003, relativamente às receitas auferidas;
4. Esclarecer se houve alguma revisão do contrato visando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro;
5. Apresentar as resoluções da ANEEL relativas a novos acréscimos ao preço originalmente contrato - Receita Anual Permitida - identificando a origem destes acréscimos;
6. Esclarecer se na receita auferida constam revisões de que trata a cláusula abaixo reproduzida:

Oitava Subcláusula - A ANEEL procederá, anualmente, à revisão da RECEITA ANUAL PERMITIDA do SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO, pela execução de modificações, reforços e ampliações nas INSTALAÇÕES DE TRANSMISSÃO, inclusive as decorrentes de novos padrões de desempenho técnico determinados pela ANEEL, conforme procedimentos definidos na Oitava Subcláusula da Cláusula Quarta deste CONTRATO DE CONCESSÃO 7. Esclarecer se na receita auferida há parcela recebida devida à ultrapassagem do sistema de transmissão e da sobrecarga;

8. Informar a existência de Contratos de Conexão à Transmissão firmados após 31/10/2003, de acordo com a Resolução nº 489/2002;

9. Se houve parcela de ajuste na Receita Anual Permitida, relacionada com a majoração das alíquotas de PIS e Cofins, nos termos do disposto no item 69 da Nota Técnica 224/2006:

PA (PIS/COFINS) = parcela a ser adicionada a PA de cada concessionária de serviço público de transmissão de energia elétrica, resultante do impacto financeiro decorrente da majoração das alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS

10. Esclarecer se consta receita auferida de novas instalações de transmissão, de acordo com o item 70 da Nota Técnica 224/2006 e a data em que foram autorizadas pela ANEEL:

Dessa forma, é possível, e freqüentemente ocorre, a necessidade da realização de obras visando a implantação de novas instalações de transmissão de energia elétrica integrantes da Rede Básica do Sistema Interligado Nacional - SIN. Tais obras são então autorizadas por esta ANEEL, mediante a publicação de Resoluções Autorizativas, nas quais é fixada respectiva receita..

11. Esclarecer se existe algum índice setorial que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados;

12. Elaborar comparativo entre a evolução dos custos da prestação do serviço e da variação do índice mencionado no item anterior e o reajuste adotado, relativo ao período correspondente ao reajuste ocorrido imediatamente anterior a 31/10/2003 e os ocorridos até a competência do crédito objeto da DCOMP.

Após concluída a resposta à intimação, elaborar relatório fiscal, separando as receitas que entender sujeitas à incidência não-cumulativa das sujeitas à incidência cumulativa, a partir das premissas contidas nesta resolução, facultando à recorrente o prazo de trinta dias para se pronunciar sobre as conclusões obtidas, nos termos do parágrafo único do artigo 35 do Decreto nº 7.574, de 2011.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède