



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10980.722181/2014-08
ACÓRDÃO	3302-014.750 – 3ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	21 de agosto de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	COPEL GERAÇÃO E TRANSMISSÃO S.A.
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Data do fato gerador: 31/01/2010, 28/02/2010, 31/03/2010, 30/04/2010, 31/05/2010, 30/06/2010, 31/07/2010, 31/08/2010, 30/09/2010, 31/10/2010, 30/11/2010

DILIGÊNCIA FISCAL. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO NA FASE MANIFESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE OFÍCIO. NULIDADE DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

No âmbito do processo administrativo fiscal, a determinação de realização diligência fiscal, de ofício ou a pedido do contribuinte, é uma prerrogativa legal assegurada à autoridade julgadora, quando convencida da necessidade de complementação probatória iniciada pelas partes, não se constituindo, portanto, em obrigação.

CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE ENERGIA DE LONGO PRAZO. REAJUSTE PELO IGP-M. DESCARACTERIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DE PREÇO PREDETERMINADO. MANUTENÇÃO DA TRIBUTAÇÃO DA RECEITA PELO REGIME DE CUMULATIVO. POSSIBILIDADE.

A adoção do IGP-M não descaracteriza o preço pré-determinado, a priori, desde que sua variação não seja superior à evolução 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, reconhecendo a aplicação do regime cumulativo às receitas

auferidas nos contratos 060/2001, 075/2001 e CCI 001/2003, devendo a autoridade fiscal, partindo das premissas acima, quantificar o direito creditório da contribuinte e homologar as declarações de compensação até o limite do direito creditório reconhecido.

(documento assinado digitalmente)

Lazaro Antonio Souza Soares - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Renato Pereira de Deus - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mario Sergio Martinez Piccini, Marina Righi Rodrigues Lara, Catarina Marques Moraes de Lima (suplente convocado(a)), Francisca das Chagas Lemos, Jose Renato Pereira de Deus, Lazaro Antonio Souza Soares (Presidente).

RELATÓRIO

Por bem retratar os acontecimentos até o presente momento processual, adoto como parte de meu relato, o relatório da resolução nº 3302-001.896, de 21/09/2021, vejamos:

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de piso que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação apresentada, para manter os lançamentos consubstanciados nos Autos de Infração constantes do presente processo, nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/01/2010, 28/02/2010, 31/03/2010, 30/04/2010, 31/05/2010, 30/06/2010, 31/07/2010, 31/08/2010, 30/09/2010, 31/10/2010, 30/11/2010

PIS. PREÇO PREDETERMINADO. REAJUSTE CONTRATUAL. REGIME DE APURAÇÃO.

1. 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 do PIS/Pasep, 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. 2.O IGP-M descaracteriza o preço predeterminado, pois, sendo um índice que apura a variação dos preços de uma forma geral, não se amolda ao disposto no § 3º do art. 3º da IN SRF nº 658, de 2006, uma vez que não reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/01/2010, 28/02/2010, 31/03/2010, 30/04/2010, 31/05/2010, 30/06/2010, 31/07/2010, 31/08/2010, 30/09/2010, 31/10/2010, 30/11/2010, 31/12/2010

COFINS. PREÇO PREDETERMINADO. REAJUSTE CONTRATUAL. REGIME DE APURAÇÃO. 1. 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. 2.O IGP-M descaracteriza o preço predeterminado, pois, sendo um índice que apura a variação dos preços de uma forma geral, não se amolda ao disposto no § 3º do art. 3º da IN SRF nº 658, de 2006, uma vez que não reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/01/2010, 28/02/2010, 31/03/2010, 30/04/2010, 31/05/2010, 30/06/2010, 31/07/2010, 31/08/2010, 30/09/2010, 31/10/2010, 30/11/2010, 31/12/2010 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

1.Não cabe apreciar questões relativas a ofensa a princípios constitucionais, tais como da legalidade, da razoabilidade, do não confisco ou da capacidade contributiva, dentre outros, competindo, no âmbito administrativo, tão somente aplicar o direito tributário positivado. 2.A doutrina trazida ao processo, não é texto normativo, não ensejando, pois, subordinação administrativa. 3.A jurisprudência judicial colacionada não possui legalmente eficácia normativa, não se constituindo em norma geral de direito tributário se não atendidos nenhum dos requisitos previstos no § 6º do art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972. 4. As decisões administrativas não se constituem em normas gerais, salvo quando da existência de Súmula do CARF vinculando a administração tributária federal.

Cientificada de decisão recorrida, a Recorrente interpôs recurso voluntário, reproduzindo seus argumentos de defesa, a saber:

I - DOS FATOS

Em síntese denota-se que a autuação decorreu de apenas uma vertente, ou seja, pelo entendimento da auditora fiscal, o recolhimento do PIS/PASEP e COFINS deveria ser pelo regime não-cumulativo em razão dos contratos ... não se enquadrarem no conceito de preço predeterminado pelo fato de conter cláusula de reajustamento.

II - DO DIREITO

De acordo com a legislação, ficam sujeitas ao regime cumulativo as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003 com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços, sendo certo que as pessoas jurídicas sujeitas ao regime cumulativo ... devem calcular as respectivas Contribuições mediante a aplicação da alíquota de 0,65% (Pis) e 3% (Cofins).

A Legislação assim dispõe:

"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;

Nos contratos em tela (DOC 03), Contrato de Concessão nº 060/2001, Contrato de Concessão nº 75/2001 e Contrato de Compartilhamento de Instalações nº 001/2003, verifica-se que todos foram firmados anteriormente a 31/10/2003 e com cláusula estabelecendo preço predeterminado e critério de reajuste para fazer frente a inflação.

No Contrato de Concessão nº 75/2001:

CLÁUSULA SEXTA - RECEITA DO SERVIÇO DE TRANSMISSÃO...

No Contrato de Compartilhamento de Instalações nº 001/2003:

Cláusula 18...

No Contrato de Concessão nº 060/2001

Segunda Sub-cláusula ... 3

Resta-nos debater sobre o conceito de preço predeterminado já consagrado no Sistema Tributário Nacional e fartamente utilizado com a mesma acepção em diversas Leis no nosso sistema legislativo:

- art. 10 do Decreto Lei nº 1.598/77: ...
- art. 3º da Lei nº 8.003/90: ...
- art. 7º da Lei nº 9.718/98: ...
- na própria Lei 10.833/03, em seu art. 10, inciso XI, alínea b: ...

... na Instrução Normativa, da própria da Receita Federal nº 21/79 em que define preço predeterminado como aquele fixado contratualmente, sujeito ou não a reajustamento, no caso de construções, bens ou serviços divisíveis, o preço predeterminado é o fixado contratualmente para cada unidade.

PREÇO PREDETERMINADO - SIGNIFICADO

Analisando a alínea b do inciso XI, da Lei nº 10.833, temos que os contratos objeto da presente autuação se encaixam no conceito de contratos de "fornecimento de bens ou serviços" e têm, por sua própria funcionalidade econômica, prazo superior a 1 ano.

... vejamos qual o exato sentido de preço "predeterminado"

- Pelo critério gramatical

... O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa aponta que o verbo "predeterminar" ... possui duas acepções atuais: "1. dar determinação, ordem, ..." e "2. preparar, planejar, definir com antecedência". ... vê-se que o sentido literal mais apropriado ao caso concreto é acepção n.º 2 ..., pois num contrato as partes "planejam, definem" determinadas regras "com antecedência" à execução da avença. (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS, Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p.2.282).

Significado no Direito Tributário

Na Instrução Normativa IN SRF 21/79, a respeito, do tema, o fisco não adotou o conceito restritivo de preço predeterminado. Veja-se:

"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 doze meses, ...

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 fixado contratualmente para cada unidade." (G.N.)

Significado no Direito Civil

A lei tributária menciona em seu texto determinados institutos de direito privado, então o aplicador da lei tributária deve interpretar e aplicar tais institutos indo a sua própria fonte, vale dizer, indo aos Códigos de direito privado, bem como a seus princípios gerais.

No caso do "preço predeterminado", pode-se afirmar sua origem no direito civil, direito das obrigações. O Código Civil de 2002 utiliza, em diversas passagens dos arts. 485 a 489, o verbo "fixar" para designar o ato pelo qual as partes determinam ou acordam o preço do contrato. No art. 486, não há fixação direta do preço pelas partes no ato de feitura do contrato, pois o preço é condicionado a taxas de mercado ou de bolsa "em determinado dia e lugar". No art. 487, permite-se que a fixação se dê não em moeda corrente, mas sim em função de índices ou parâmetros, desde que dotados de caráter objetivo.

Em conclusão, tem-se que dos arts. 485 a 488 do Código Civil, bem como o exame da doutrina, indica que "contrato a preço predeterminado" é o contrato em que

as partes definem, de antemão, no texto do instrumento, o preço fixo em moeda corrente (preço fixo), ou os parâmetros objetivos para a fixação do preço.

... Interpretar-se que preço predeterminado é preço fixo em reais e imutável até o fim da execução do contrato, opõe-se com o conceito prevalente da expressão no Direito civil (arts. 485 a 489 do Código Civil) e no único exemplo de sua utilização no terreno tributário (art.10 do Decreto-lei 1.598/77).

Reajustes que não desconfiguram a predeterminação do preço Tanto a doutrina como a jurisprudência brasileiras há muito já pacificaram o entendimento de que a simples correção ou atualização monetária não é alteração ou aumento de valor, e sim mecanismo neutro de preservação do valor.

Neste sentido, o civilista Silvio Venosa é categórico ao afirmar que "a correção monetária, em sua essência, não altera o preço, mas somente o valor nominal da moeda" (VENOSA, Silvio. Direito Civil - Contratos em Espécie - Vol.3, São Paulo: Atlas, 2003, p.34.)

No mesmo sentido é o entendimento da jurisprudência dos Tribunais Superiores:

"(...) União Federal. Pagamento de expurgos inflacionários.

Admissibilidade. A correção monetária não se constitui em um plus, não é uma penalidade, mas mera reposição do valor real da moeda corroída pela inflação. Agravo Regimental desprovido." (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ACO 404 execução-AgR/SP, Relator Min. Maurício Corrêa, DJU de 02/04/2004) (grifos nossos)

O procedimento de atualizar com periodicidade anual o preço dos contratos de longo prazo foi especificamente previsto e autorizado pela chamada Lei do Plano Real, a Lei n.º 10.192 de 2001 ...

... seja pela análise da definição legislativa, doutrinária e jurisprudencial da correção monetária, seja pela análise específica da literalidade ou da ratio subjacente à norma sob análise, não temos dúvida em afirmar que a efetivação de reajustes anuais destinados a atualizar a expressão monetária da remuneração do contrato de longo prazo (e manter seu real valor) não descaracteriza a predeterminação do preço e portanto não torna inaplicável o art.10, XI, b da Lei n.º 10.833.

A interdição jurídica, é ainda prescrita pela própria Constituição ao determinar que os contratos administrativos incluam cláusulas que preservem as efetivas condições da proposta e não exatamente do instrumento contratual.

"Art. 37. (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de

qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." (G.N.)

A propósito vale destacar que a Lei 10.192/2001, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real ..., no seu artigo 3o, ao determinar a aplicação de suas disposições aos contratos administrativos, estabeleceu a forma de contagem da periodicidade anual exigida para o reajuste:

Art. 32 Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1- A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir. (G.N.)

... a ... Receita ..., através da IN 468/04, pretendeu mudar a interpretação do conceito de "preço predeterminado", passando a impedir que os contratos abrigados pela Lei nº 10.833/03 usufruam o direito de permanecer sob o regime da cumulatividade. Esta IN inovou ao estabelecer que o simples reajuste de preço por índices oficiais já caracteriza uma mudança da base do preço e, dessa forma, afastou a eficácia do dispositivo legal. No fundo, o que a IN faz é equiparar o conceito de "preço predeterminado" ao conceito de "preço fixo".

Gravame ainda maior encontra-se quando o contribuinte depara-se com outra incoerente interpretação ..., disposta no artigo 3o da IN 468/2004, a seguir:

"Art. 3º 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.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ainda que o preço permaneça inalterado quando da prorrogação." (Grifos Nossos)

O Fisco, emite uma interpretação errônea e completamente tendenciosa a fim de impossibilitar a permanência no regime cumulativo para as empresas que teriam contratos firmados anteriormente a 31/10/2003, conforme previsto na lei 10.833/2003 ...

A Primeira Turma, quando do julgamento do REsp 1.109.034/PR, relatoria do Min. Benedito Gonçalves (DJe 6.5.2009), reafirmou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, ao asseverar que "Instruções Normativas constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis. De conseqüência, à luz dos art. 97 e 99 do Código Tributário Nacional, Instruções Normativas não podem modificar Lei a pretexto de estarem regulando o aproveitamento do crédito presumido do IPI".

A Segunda Turma igualmente se posicionou sobre o tema. Colaciona-se o seguinte julgado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO PIS DECRETO-LEI 2.052/83 PORTARIA 238/84 REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE MODIFICAÇÃO INDEVIDA DE FATO GERADOR, BASE DE CÁLCULO E SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO. PRECEDENTE.

1. Às portarias, regulamentos, decretos e instruções normativas não é dado inovar a ordem jurídica, mas apenas conferir executóriedade às leis, nos estritos limites estabelecidos por elas.

2. Sistemática da Portaria 238/83 do Ministério da Fazenda que extrapola os limites estabelecidos no art. 16 do Decreto-Lei 2.052/83. Ofensa ao princípio da legalidade.

3. Modificação indevida do fato gerador, da base de cálculo e do sujeito passivo da obrigação tributária.

4. Recurso especial não provido." (G.N.) (REsp 872.169/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23.4.2009, DJe 13.5.2009.)

O normativo federal que rege as licitações e contratos firmados pela Administração Pública, Lei n. 8.666 ... de 1993, estabelece a observância obrigatória de determinadas regras, das quais a cláusula de reajuste de preço deve constar não apenas do instrumento contratual, mas também do próprio ato convocatório do processo de licitação.

Assim dispõe seu texto:

"Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, ... 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;

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III- o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios da atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;"

A aplicação de reajuste apenas representa o repasse da correção monetária durante a vigência do contrato, e não o estabelecimento de um novo contrato...

Assim, pode-se concluir que o reajuste contratual, para fazer frente a inflação não constitui alteração ideológica do contrato, isto é, não lhe transtornam a substância, nem lhe afetam o equilíbrio econômico-financeiro...

Basicamente, nos contratos de concessão do setor elétrico há dois tipos de reajustes que excluem o caráter de predeterminação do preço. A rigor, tais alterações do preço do contrato merecem ser chamados de "revisões" para distingui-los das hipóteses de correção monetária ...

... Não se trata, aqui, do reajustamento de preço constante do contrato, mas sim de revisão do próprio ajuste diante de circunstâncias e fatos imprevistos, imprevisíveis e estranhos ao acordo inicial das partes.

Para regulamentar este novo dispositivo, a SRF editou a Instrução Normativa nº 658/06 (que substituiu a 468/04), cuja redação do parágrafo 3o é idêntica a do art. 109 ...

... com a extinção do IPC-r, foi permitido ... a substituição do índice de correção por aquele previsto contratualmente para este fim. No caso das concessionárias de serviço público de energia elétrica, o índice utilizado nos reajustes anuais é o IGP-M da ... (FGV).

Embora não tenha tratado especificamente de cláusula de atualização monetária, quando a legislação superveniente admite que o preço permanece predeterminado mesmo nos casos em que há repasse de variação de custos, aplicando-se uma interpretação lógico-sistemática de seus dispositivos estará reforçada nossa opinião de que a mera atualização monetária não altera a condição de preço predeterminado sob a égide da legislação original (art. 10 da Lei nº 10.833/03).

Jurisprudência Administrativa e Judicial

Embora vigente o entendimento constante da Nota Técnica COSIT nº 1/2007 e do Parecer nº 1610/2007 da Procuradoria ..., que respaldam o entendimento esposado pela Receita Federal em algumas Soluções de Consulta, bem como de algumas Delegacias de Julgamento..., o mesmo não encontra amparo na mais recente jurisprudência administrativa e judicial...:

... Veja-se a ementa da seguinte decisão do TRF da 1ª Região:

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS/PASEP COFINS. PERMANÊNCIA NO REGIME DA CUMULATIVIDADE. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS. ENERGIA ELÉTRICA. PREÇO PREDETERMINADO. CLÁUSULA DE REAJUSTE. REQUISITOS DO ART. 10, XI, B, DA LEI 10.833/03. INSTRUÇÃO NORMATIVA 658/06. INADEQUAÇÃO. COMPENSAÇÃO. TAXA SELIC. ..."

Na decisão ..., a Desembargadora Relatora entendeu estarem preenchidos os requisitos do art. 10, XI, b, da Lei 10.833/03, eis que o contrato de compra e venda de energia é contrato de fornecimento de bens, com prazo superior a um ano, cujo preço da energia é fixado em reais por MWh, sujeito a reajuste anual

pelo IGP-M. Considerou, portanto, tratar-se de contrato com preço predeterminado e que a cláusula de reajuste anual não implica qualquer acréscimo ao preço, mas tão somente a recomposição dos efeitos da inflação.

No mesmo sentido é a decisão de 2012 do STJ ... que analisou o tema sob a égide da extinta IN 468/04, concluindo pela sua ilegalidade:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 57 DO CP. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. COFINS. REGIME DE CONTRIBUIÇÃO. LEI Nº 10.833/03. INSTRUÇÃO NORMATIVA 468/2004. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ..." (Supremo Tribunal de Justiça, AgRg no Recurso Especial nº 1.310.284- PR, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJE 17/09/2012) (grifos nossos)

No recente acórdão abaixo (abril de 2014), o CARF julgou, por unanimidade de votos, caso específico relacionado a contrato de transmissão de energia elétrica:

Acórdão 3102-002.129 (Número do Processo: 16349.720018/2011-91); Data de Publicação: 17/04/2014; Relator (a): ANDREA MEDRADO DARZE.

Contribuinte: CTEEP - COMPANHIA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PAULISTA

Ementa: Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/09/2004 a 30/09/2008

CONTRATO POR PREÇO PREDETERMINADO. INCIDÊNCIA. O reajuste do preço, homologado por órgão estatal, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, não altera o preço predeterminado e, conseqüentemente, não impede a manutenção da tributação da COFINS no regime cumulativo.

Mais recentemente ainda (maio e julho de 2014), o CARF também analisou casos análogos ao da COPEL e conclui pela possibilidade de manutenção do regime cumulativo na hipótese de reajuste do preço em função da correção monetária, in verbis:

"Processo nº 11080.900706/201027

Recurso Voluntário

Acórdão nº 3803005.917 - 3ª Turma Especial Período de apuração: 01/08/2005 a 31/08/2005

CONTRATOS. PREÇO PREDETERMINADO. ÍNDICE DE REAJUSTE. DESCARACTERIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

O preço predeterminado em contrato não simplesmente pela previsão de reajuste decorrente da correção monetária. Se a pretensão do legislador, a partir da Lei nº 10.833/03, fosse não abarcar os contratos com cláusula de reajuste, o termo apropriado seria preço fixo, que não se confunde com o preço predeterminado. Precedentes judiciais e administrativos." (G.N.)

"Processo nº 10730.900906/200981

Recurso Voluntário

Acórdão nº 3302002.601 - 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária

...

Data do fato gerador: 13/08/2004

CONTRATO DE FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS. ENERGIA ELÉTRICA. PREÇO PREDETERMINADO. | 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." (G.N.) Note-se, por fim, que todos os acórdãos citados no relatório fiscal para embasar a autuação são de Delegacias de Julgamento (1ª instância administrativa), que normalmente seguem o entendimento da Receita Federal. Embora o auditor fiscal tenha mencionado a existência de decisões do CARF favoráveis a sua tese (página 15 do termo de verificação fiscal), ele não as cita expressamente em seu relatório.

É o relatório.

Na resolução da qual o relato acima foi extraído, por unanimidade de votos, foi determinada diligência, nos seguintes termos:

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

- a) Demonstrar/comprovar quais foram os contratos de compra e venda de energia elétrica firmados antes de 31/10/2003 e qual a receita auferida na execução destes contratos;
- b) Se todos os contratos firmados antes de 31/10/2003 tinham prazo de vigência superior a 1 (um) ano;
- c) Discriminar as receitas auferidas ao contrato do qual decorrem;
- d) Identificar o primeiro reajustamento ocorrido após 31/10/2003, relativamente às receitas auferidas;
- e) Esclarecer se houve alguma revisão do contrato visando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro;
- f) Elaborar comparativo entre a evolução dos custos de produção e o reajuste adotado, relativo aos períodos correspondente ao reajuste ocorrido imediatamente anterior a 31/10/2003, disponibilizando os lançamentos contábeis e fiscais que suportaram o comparativo, em meio digital ou papel, a critério da autoridade fiscal.

Após concluída a resposta à intimação, a autoridade fiscal deve certificar a veracidade dos dados apresentados e elaborar relatório fiscal, expondo as razões sobre eventual discordância com a metodologia adotada pela recorrente ou com os dados apresentados, bem como separando as receitas que entender sujeitas à incidência não-cumulativa das sujeitas à incidência cumulativa, a partir das premissas contidas nesta resolução.

Ao final, deve ser facultado à recorrente o prazo de trinta dias para se pronunciar sobre o relatório fiscal, nos termos do parágrafo único do artigo 35 do Decreto nº 7.574, de 2011.

É como voto.

O retorno da diligência, culminou na confecção da informação fiscal de e-fls. 1096/1117, sem se ater ao que fora determinado na resolução, apresentou a seguinte conclusão:

(...)

Assim, como verificamos, o contribuinte reajustou os preços dos contratos sob análise aplicando o indicador econômico IGP-M, que não reflete, necessariamente, o aumento do custo de produção ou a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, descaracterizando, portanto, a condição de preço determinado. Tão pouco, pode o contribuinte demonstrar a variação dos custos de produção, como pretendia, ao apresentar a tabela às fls. 1064. Os saldos das contas apresentadas pelo contribuinte não representam apenas as variações nos custos dos contratos existentes em 31/10/2003, mas englobam custos de novos contratos, firmados após esta data, impossibilitando a apuração da variação dos custos de produção dos contratos nos 060/2001, 075/2001 e CCI no 001/2003.

Assim, não tendo sido satisfeitas as condições legais previstas na alínea “b”, do inciso XI, do art. 10 da Lei 10.833, as receitas provenientes dos Contratos de Concessão de Serviço Público de Transmissão de Energia Elétrica nos 060/2001 e 075/2001 e do Contrato de Compartilhamento de Instalações – CCI no 001/2003 devem ficar sujeitas ao regime de não cumulatividade do PIS e da Cofins. Portanto, somos pela manutenção dos lançamentos dos Autos de Infração do Processo no 10980.722181/2014-08.

Nos termos do parágrafo único do art. 35 do Decreto no 7.574/2011, será dada ciência ao sujeito passivo da presente Informação Fiscal, sendo-lhe concedido prazo de trinta dias para manifestação

Curitiba, 21/11/2022

Assinado digitalmente

Maria Paula Bourscheid

Auditora fiscal da Receita Federal do Brasil Matrícula 1.258.238

A contribuinte manifestou-se sobre a informação fiscal às e-fls. 1123/1128, onde rechaça as alegações e conclusões trazidas no resultado da diligência, nos mesmos moldes feito anteriormente em suas peças de defesa.

Eis o relatório.

VOTO

Conselheiro José Renato Pereira de Deus, Relator.

O recurso voluntário atende aos pressupostos processuais e dele tomo conhecimento.

A lide se refere ao alcance da expressão "preço predeterminado", e, consequentemente, 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.

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

§ 2 o 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. 1 o .

§ 3 º 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. 1 º .

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 seria 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 extracontratual.

Já o reajuste é cláusula necessária nos contratos administrativos 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, §3º, a

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.

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 o arcabouço legislativo 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".

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 exeqüíveis 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 não se limitou, exatamente, à 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". A redação da instrução normativa não exclui, a priori, a utilização do IGP-M, 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.

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)

Concluindo, entendo que não se pode descaracterizar o preço pré-determinado em função da aplicação do IGP-M, a priori, devendo ser comparado o percentual do reajuste do IGP-M com o percentual do acréscimo dos custos de produção, uma vez que não existe, para este setor econômico, índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

Assim, para cada contrato, deve ser avaliado se o percentual utilizado é inferior à evolução dos custos de produção, apurado no mesmo período de variação do IGP-M, sendo que a primeira apuração se refere ao período compreendido entre o último reajuste anterior a 31/10/2003 e o primeiro reajuste posterior a esta data. A comparação deverá se estender, período a período, até a data do reajuste imediatamente anterior ao período objeto da lide, sendo que uma vez detectado que o percentual de variação do IGP-M seja superior à variação dos custos de produção, todas as receitas auferidas após tal reajuste ficam sujeitas ao regime não-cumulativo das contribuições, definitivamente.

Diante do exposto, voto para dar provimento parcial ao recurso voluntário, reconhecendo a aplicação do regime cumulativo às receitas auferidas nos contratos 060/2001, 075/2001 e CCI no 001/2003, devendo a autoridade fiscal partindo das premissas acima, quantificar o direito creditório da contribuinte, homologando as declarações de compensação até o limite do direito creditório apurado.

Eis o meu voto.

(documento assinado digitalmente)

José Renato Pereira de Deus, Relator.