



Processo nº 11080.928461/2009-69

Recurso Voluntário

Resolução nº **3302-001.219 – 3^a Seção de Julgamento / 3^a Câmara / 2^a Turma
Ordinária**

Sessão de 24 de outubro de 2019

Assunto DILIGÊNCIA

Recorrente CERAN - COMPANHIA ENERGÉTICA RIO DAS ANTAS

Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Walker Araujo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Gilson Macedo Rosenburg Filho (presidente substituto), Corintho Oliveira Machado, Jorge Lima Abud, Larissa Nunes Girard (suplente convocada), Raphael Madeira Abad, Walker Araujo, José Renato Pereira de Deus e Denise Madalena Green.

Ausente o Conselheiro Gerson José Morgado de Castro, conforme ata.

Relatório

Trata-se de processo de restituição/compensação em que o contribuinte teve seu pedido de indébito negado por despacho decisório eletrônico, sob o fundamento de que o crédito financeiro negado como pagamento indevido foi integralmente utilizado para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP.

Na manifestação de inconformidade, o recorrente alega que houve erro no preenchimento da DCTF e que esse erro já foi resolvido por meio de uma declaração retificadora. Nesta linha, afirma que possui direito à restituição de tributos, gerado por pagamentos indevidos e que as comprovações destes indébitos encontram-se espelhadas nas retificações feitas nas DCTF.

A DRJ julgou improcedente a manifestação de inconformidade sob o fundamento de que a restituição de indébito fiscal está condicionada à comprovação da certeza e liquidez do respectivo indébito. Que *a simples entrega de DCTF retificadora sem qualquer explicação a respeito da divergência na apuração do débito, não é elemento suficiente para comprovar o indébito*

apontado. Assim, ao liquidez do direito há de ser comprovada pela demonstração do quantum recolhido indevidamente, através da comprovação das bases de cálculo sobre as quais ocorreram os fatos geradores e o efetivo valor devido. Por fim assevera que também é assente na doutrina que direito líquido e certo é aquele cujos aspectos de fato possam comprovar-se documentalmente.

Irresignado com a decisão da primeira instância administrativa, o recorrente interpõe recurso voluntário ao CARF, cujo teor, em síntese é o que se segue:

A Recorrente identificou em sua contabilidade que parte de suas receitas decorriam de contratos de fornecimento a preço-predeterminada, assinados anteriormente a 31 de outubro de 2003, com prazo de duração superior a um ano (contratos de Compra e Venda de Energia Elétrica), receitas estas que estão submetidas a sistemática de cobrança cumulativo do pagamento da COFINS, nos moldes da Lei nº 9.718/98, por força do que dispõe o artigo 10, inciso XI, alínea b, da Lei nº 10.833/2003.

Além disso, vinha a Recorrente considerando como fato gerador da COFINS a efetiva emissão do documento fiscal, ocorrida sempre no primeiro dia do mês subsequente ao reconhecimento de suas receitas, reconhecimento este efetuado por competência. Considerando que o fato gerador não é a emissão física do documento representativo da receita, mas sim o seu reconhecimento quando de sua efetiva realização contábil (reconhecimento por competência), a Recorrente corrigiu também este equívoco, antecipando um mês para fins de cálculo retificador, as receitas anteriormente consideradas na base de cálculo das contribuições.

Dessa forma, a Recorrente, verificando os equívocos por ela cometidos quando da apuração da COFINS, procedeu a retificação de seu cálculo, submetendo as receitas decorrentes de contratos de fornecimento a preço predeterminado, assinados anteriormente a 31 de outubro de 2003, anteriormente considerado no regime não-cumulativo da Cofins, ao regime cumulativo desse tributo, e considerando tais receitas como auferidas no mês anterior a emissão do documento fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Walker Araujo, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Conforme exposto anteriormente, o cerne do litígio é referente ao alcance da expressão "preço predeterminado", e, consequentemente, da sujeição das receitas auferidas à incidência não-cumulativa ou cumulativa das contribuições.

Essa matéria não é nova neste Conselho e, por diversas oportunidades já se julgou processos envolvendo a Recorrente, a saber: PA's 11080.30219/2009-55 (acórdão 3302-000.699); 11080.930214/2009-22 (acórdão 3302-000.696); 11080.930213/2009-88 (acórdão 3302-000.697); 11080.928474/2009-38 (acórdão 33002-000.698); 11080.928464/2009-01 (acórdão 3402-000.274), de relatoria do i. Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho, sendo que em todos os casos, superou a questão probatória e resolveu-se converter o julgamento em diligência para que fossem prestadas informações necessárias à solução do litígio.

Neste cenário, entendo que, por se tratar de questões idênticas aos citados processos, outra solução não merece o presente senão converter o julgamento em diligência nos

termos do que já foi decidido por este Conselho, cujas razões de decidir eu adoto do processo 11080.30219/2009-55 (acórdão 3302-000.699), a saber:

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)

O crédito presumido do IPI está disciplinado na Lei nº 9.363/96:

Art. 1º A empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais fará jus a crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados, como resarcimento das contribuições de que tratam as Leis Complementares nos 7, de 7 de setembro de 1970, 8, de 3 de dezembro de 1970, e 70, de 30 de dezembro de 1991, incidentes sobre as respectivas aquisições, no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, para utilização no processo produtivo.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, nos casos de venda a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.

Art. 2º A base de cálculo do crédito presumido será determinada mediante a aplicação, sobre o valor total das aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem referidos no artigo anterior, do percentual correspondente à relação entre a receita de

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 n.º 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 n.º 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 reflete 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 reflete 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 n.º 658/2006, revogando a IN SRF n.º 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 n.º 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 reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei n.º 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, descharacterizam o preço predeterminado, excetuando o reajuste não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflete 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 princípio, 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 (2012/00355487) 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 1.089.998RJ, DJe 30/11/2011; REsp 1.109.034PR, DJe 6/5/2009; e REsp 872.169RS, DJe 13/5/2009. RECURSO ESPECIAL N.º 1.169.088 MT (2009/02357184)

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 N.º 1.089.998 RJ (2008/02056082)

EMENTA TRIBUTÁRIO. COFINS. REGIME DE CONTRIBUIÇÃO. LEI N.º 10.833/03. INSTRUÇÃO NORMATIVA N.º 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.º 468/04, que regulamentou o art. 10 da Lei n.º 10.833/03.

2. O art. 10, inciso XI, da Lei n.º 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.º 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 reflete 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 IPCr, 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 reflete 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 IPCr.

Salienta-se que a Lei nº 10.192/2001, conversão de MPs que se originaram da MP nº 1.503/95, extinguiu o IPCr 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 IPCr.

§ 1º Nas obrigações e contratos em que haja estipulação de reajuste pelo IPCr, 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 n.º 1.544/95 estipulou que, na hipótese de não existir previsão de índice para substituir o IPCr 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 IGPDI 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 IPCr, 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 (IGPDI), 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 n.º 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 n.º 10.192/2001.

Reforçam este entendimento, as emendas feitas à MP 252/2005, citadas na Nota Técnica 224/2006 SFFANEEL: Emendas n.º 224 (Dep. Eduardo Gomes), 225 (Dep. Eduardo Sciarra), e 353 (Dep. Max Rosenmann):

EMENDA ART. 44A. O art. 10, inciso XI, da Lei n.º 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 abrigados 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 reflete 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 de qualquer índice, desde que ele não ultrapasse o acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflete 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 descharacterizar 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 n.º 10.848, de 2004)

a) assegurar arrecadação de recursos suficientes para cobertura dos custos dos sistemas de transmissão; e (Incluído pela Lei n.º 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 n.º 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 n.º 10.848, de 2004)

Concluindo, entendo que não se pode descaracterizar o preço pré-determinado em função da aplicação do IGPM, a priori, devendo ser comparado o percentual do reajuste do IGPM com o percentual do acréscimo dos custos de produção, uma vez que não existe, para este setor econômico, índice que reflete 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 IGPM, 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 se estenderá, 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 IGPM seja superior à variação dos custos de produção, todas as receitas auferidas após tal reajuste ficam sujeitas ao regime não-cumulativo das contribuições, definitivamente.

Ressalva-se, ainda, que o laudo apresentado pela recorrente não está acompanhado dos lançamentos contábeis, bem como houve dissociação, aparentemente, entre os períodos de variação do IGPM com os períodos de evolução dos custos de produção.

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

1. Discriminar as receitas auferidas ao contrato do qual decorrem;

2. Identificar o primeiro reajustamento ocorrido após 31/10/2003, relativamente às receitas auferidas;

3. Esclarecer se houve alguma revisão do contrato visando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro;

4. 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 e os ocorridos até a competência do crédito objeto da DCOMP, 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.

Importante ressaltar que nos casos abaixo, já houve conversão do julgamento em diligência para analisar os pontos suscitados no voto anteriormente mencionado, podendo, se entender a fiscalização, utilizar-se dos parâmetros já adotados naqueles casos.

- 1) 11080.930213/2009-88 (Acórdão nº 3302-006.728)
- 2) 11080.928468/2009-81 (Acórdão nº 3302-006.732)
- 3) 11080.930214/2009-22 (Acórdão nº 3302-006.731)
- 4) 11080.928474/2009-38 (Acórdão nº 3302-006.733)
- 5) 11080.928470/2009-50 (Acórdão nº 3302-006.730)
- 6) 11080.930219/2009-55 (Acórdão nº 3302-006.729)

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 reajuste 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 e os ocorridos até a competência do crédito objeto da DCOMP, 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.

(documento assinado digitalmente)

Walker Araujo