



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11080.929125/2009-33
Recurso Voluntário
Acórdão nº **3001-000.930 – 3ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária**
Sessão de 18 de setembro de 2019
Recorrente COMPANHIA ESTADUAL DE GERAÇÃO E TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - CEEE-GT
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/2004 a 31/08/2004

DESPACHO DECISÓRIO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA

Não provada violação das disposições contidas no Decreto nº 70.235, de 1972, não há que se falar em nulidade do despacho decisório proferido pela unidade jurisdicionante.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/08/2004 a 31/08/2004

REGIME DE INCIDÊNCIA CUMULATIVA. CONTRATO POR PREÇO PREDETERMINADO. DESCUMPRIMENTO DE REQUISITOS PARA PERMANÊNCIA.

O reajuste pelo IGP-M não reflete o custo de produção nem a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, descaracterizando, por conseguinte, o contrato reajustado como de preço predeterminado, condição para manutenção das receitas decorrentes desse tipo de contrato no regime de incidência cumulativa do PIS e da Cofins.

PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. CERTEZA E LIQUIDEZ DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ÔNUS DA PROVA.

É do Contribuinte o ônus de comprovar a certeza e liquidez do crédito pretendido a compensar. No caso, incumbe à empresa postulante à manutenção na sistemática cumulativa da contribuição a demonstração de que o índice empregado cumpre os requisitos legais, expressamente a de que a variação dos custos efetivamente ocorrida seria igual ou superior à praticada com base no índice contratualmente definido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada no recurso e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário. Votou pelas conclusões o conselheiro Francisco Martins Leite Cavalcante.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Roberto da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luis Felipe de Barros Reche - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marcos Roberto da Silva (Presidente), Francisco Martins Leite Cavalcante e Luis Felipe de Barros Reche.

Relatório

Refere-se o presente processo a lide instaurada em decorrência de questionamento efetuado pela recorrente, sociedade de economia mista integrante da administração indireta do Estado do Rio Grande Sul e atuante na construção e exploração de sistemas de geração e transmissão de energia elétrica no Estado, contra Despacho Decisório que homologou parcialmente Declaração de Compensação – DCOMP formulada pela Concessionária para compensar créditos da Contribuição para o PIS/PASEP alegadamente recolhidos a maior que o devido.

Por economia processual, e por relatar a realidade dos fatos de maneira clara e concisa, reproduzo o relatório da decisão de piso (destaques no original):

“Trata o presente processo de Despacho Decisório que revisou de ofício análise eletrônica de Declaração de Compensação – DCOMP (23533.88730.111006.1.3.04-4407) que fora encaminhada pela empresa sob a alegação de pagamento indevido da contribuição para o PIS no período de apuração agosto de 2004.

A CEEE-GT teve origem em reestruturação societária, autorizada pelo Poder Legislativo do Rio Grande do Sul, efetuada na Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, sob a forma de cisão parcial. A CEEE verteu parte de seu patrimônio para constituir a Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica – CEEE-D, passando a denominar-se CEEE-GT. Permaneceu com o mesmo CNPJ da CEEE, alterando seu objeto social para excluir qualquer atividade relacionada à distribuição de energia. Sua constituição formal ocorreu em 27/11/2006, por meio de uma Assembléia Geral Extraordinária, com efetivo exercício de suas atividades em dezembro do mesmo ano.

Em 15/08/2011, foi proferido o Despacho Decisório DRF/POA n.º 974/2011 (processo n.º 11080.726858/2001-32), o qual tratou de diversas DCOMPs encaminhadas pela empresa, homologando parcialmente ou não homologando as compensações declaradas até o limite do direito creditório reconhecido. O direito creditório referente à DCOMP constante do presente processo foi deferido parcialmente, nos termos da informação de fls 47.

De acordo com referido Despacho, a empresa foi intimada a apresentar vários documentos referentes a sua contabilidade. Entregou demonstrativos de apuração das contribuições em tela com base nos regimes cumulativo e não-cumulativo. Apresentou relação dos Contratos de Geração firmados anteriormente a 31/10/2003, cujas receitas foram submetidas à tributação pelo regime cumulativo das contribuições.

A Lei n.º 10.833/2003 em seu artigo 10, inciso XI dispôs sobre a possibilidade de que receitas oriundas de contratos de fornecimento de serviços a preço predeterminado, com prazo superior a um ano, firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003 poderiam

continuar a ser tributadas pela sistemática da cumulatividade. Com a edição da Lei nº 11.196/2005, mais especificamente seu art. 109, combinado com o disposto na IN SRF nº 658/2006 e ainda de acordo com orientações emanadas da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a interessada entendeu ter reunido condições suficientes para tributar suas receitas com base na sistemática da cumulatividade.

De acordo com a legislação citada, são quatro requisitos exigidos pelo inciso XI, do art. 10 da Lei nº 10.833/2003 para que as receitas sejam mantidas no regime da cumulatividade. São eles: o preço predeterminado, contrato de fornecimento de bens e serviços ou construção por empreitada, prazo de duração do contrato superior a um ano, assinatura do contrato anterior a 31 de outubro de 2003. Verificou a DRF de origem que o setor elétrico reajustou suas tarifas utilizando como índice o IGPM. Esse não atende o disposto no art. 109 da Lei nº 11.196/2005, pois não é índice que reflita exclusivamente variação ponderada dos custos dos insumos utilizados ou custo de produção do setor elétrico. Dessa forma, entendeu que as receitas obtidas pela empresa, oriundas de contratos de longo prazo, deveriam ser tributadas pela Cofins e pelo PIS com base na não-cumulatividade a partir do momento em que ocorreu o primeiro reajuste de preços pelo IGPM.

A interessada discorda do indeferimento do seu pleito. Faz um breve histórico da evolução da legislação do PIS e da Cofins e da nova sistemática de apuração dessas contribuições: a não-cumulatividade. Enfatiza a existência de exceções à regra da não-cumulatividade, especialmente aquela prevista no inciso XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003. Afirma ser o IGPM índice que se enquadra no conceito apresentado pelo art. 27 da Lei nº 9.069/1995. Transcreve doutrina e jurisprudência que corroboram o entendimento de que a correção monetária do valor das tarifas não descaracteriza a condição de preço predeterminado. Relata então que suas receitas foram tributadas pelo regime cumulativo até o primeiro reajuste efetuado em suas tarifas e após este fato pela não-cumulatividade. Tais reajustes teriam ocorrido em datas diferentes para os diversos segmentos da Companhia:

- 1) Geração – Resolução Homologatória nº 097, de 16 de abril de 2004;
- 2) Transmissão – Resolução Homologatória nº 070, de 30 de junho de 2004;
- 3) Distribuição – Resolução Homologatória nº 242, de 18 de outubro de 2004.

A ANEEL, autarquia federal que regula o setor elétrico, firmou entendimento, por meio da Nota Técnica nº 224-SFF, de 19/06/2006, de que os reajustes efetuados preenchem os requisitos legais disciplinados pelo art. 10, XI, b da Lei nº 10.833/2003. À luz desse entendimento, foi editada a Resolução Homologatória nº 335/2006 estabelecendo as receitas anuais permitidas (RAP) para o seguimento de Transmissão e estipulando uma redução de receita referente a uma parcela de ajuste de PIS/Cofins. Entende não competir à Receita Federal questionar o entendimento da ANEEL por ser desta a competência para controlar preços e tarifas de energia elétrica.

Na esteira do entendimento defendido pela ANEEL, a Concessionária teria refeito os cálculos dos valores devidos de PIS e de Cofins, reclassificando as receitas para o regime cumulativo no período de fevereiro de 2004 a maio de 2006. As diferenças apuradas foram utilizadas nas declarações de compensação apresentadas pela empresa.

O mesmo ocorreu no segmento de geração, onde a ANEEL editou as Resoluções Homologatórias nº 320 e 322, em 18 de abril de 2006 determinando que fosse devolvido à RGE - Rio Grande Energia S/A e à AES SUL Distribuidora Gaúcha de Energia S/A os valores referentes à diferença de alíquota das contribuições em tela.

A empresa refez a apuração dos valores devidos das contribuições em apreço com base no ordenamento tributário nacional, seguindo orientação do poder concedente, no caso a

ANEEL. Sobre as diferenças recolhidas a maior de PIS foram protocoladas declarações de compensação.

Comenta que o Despacho Decisório combatido é um desdobramento do Despacho Decisório n.º 703/2011 que tratou da Cofins.

Ressalta que os Auditores da Receita Federal ao interpretarem os contratos dos segmentos de Geração e de Transmissão, nos períodos fiscalizados, entenderam que esses não preenchem o conceito de preço predeterminado. A correção do preço pelo IGPM não se amoldaria à disciplina do art. 109 da Lei n.º 11.196/2005.

Argumenta que em nenhum momento foram aferidos os custos de produção do contribuinte no período fiscalizado. Nesse caso, mesmo considerando que o IGPM não preenche o conceito normativo de preço predeterminado, não poderia ter sido ignorada outra prerrogativa legal, a qual estabelece um percentual não superior ao acréscimo do custo de produção.

Alega que outras nulidades teriam sido cometidas. Os valores das contribuições cobrados não estariam expressos no Despacho Decisório de forma específica. Desconhece o valor do montante creditório não homologado. Reclama não saber qual o valor devido após a homologação parcial das compensações declaradas. Afirma existirem vários pontos de obscuridade no despacho. As planilhas anexas ao Despacho constituem elemento fundamental na interpretação dos cálculos elaborados, não sendo apontando de forma clara o valor que efetivamente está sendo cobrado.

Sendo assim, entende serem flagrantes os vícios de nulidade e a insubsistência da cobrança.

Requer então que seja acolhida a manifestação para:

- a) suspender a cobrança dos valores em aberto;
- b) homologar as compensações realizadas; e
- c) declarar a nulidade do Despacho Decisório”.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre - RS (DRJ/Porto Alegre), por meio do Acórdão n.º 10-42.483 - 2ª Turma da DRJ/POA (doc. fls. 706 a 717)¹, afastou a preliminar de nulidade e considerou improcedente a Manifestação de Inconformidade formalizada, em decisão assim ementada:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/08/2004 a 31/08/2004

PRELIMINAR DE NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

Demonstrado que o Despacho Decisório foi formalizado de acordo com os requisitos de validade previstos em lei e que não ocorreu violação ao disposto no art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, não deve ser acatado o pedido de nulidade formulado.

PREÇO PREDETERMINADO. IGPM. ÍNDICE GERAL.

Nos termos do disposto no art. 109 da Lei n.º 11.196/2006, 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

¹ Todas as referências a folhas dos autos pautar-se-ão na numeração estabelecida no processo digital, em razão de este processo administrativo ter sido materializado na forma eletrônica.

9.069, de 29 de junho de 1995, não será considerado para fins da descaracterização do preço predeterminado. O IGPM não é índice que obedeça ao disposto no art. 109 da Lei n.º 11.196/2006, por ser índice geral de reajuste de preços.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido”.

Não resignada com a decisão que lhe foi até o momento desfavorável, a contribuinte interpôs, em 06/06/2013, seu Recurso Voluntário (doc. fls. 721 a 742), por meio do qual:

- a) faz um histórico das compensações que motivaram a intimação, ressaltando que fazia a apuração do PIS/COFINS sob um sistema misto (não cumulativo e cumulativo);
- b) destaca decisões judiciais mantendo o entendimento de que preço predeterminado em contrato não perderia sua natureza simplesmente pela previsão de reajuste decorrente da correção monetária;
- c) informa os procedimentos que adotou, destacando que utilizou-se do regime cumulativo até o primeiro reajuste periódico, efetuado em consonância com o que estabelecia a ANEEL para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (nesse ponto ressalta que a Agência teria apontado que a Concessionária “preenchia os requisitos legais disciplinados pelo art. 10, XI, b, da Lei n.º 10.833/03”), passando a utilizar-se do regime não cumulativo posteriormente ao reajuste;
- d) assevera que “a declaração da ANEEL de que o IGP-M é o índice que reflete mais adequadamente as variações de preços do setor elétrico e, portanto, se enquadra no art. 109 da Lei n.º 11.196/05, não pode ser questionada pela Receita Federal do Brasil, pois é competência da ANEEL, atribuída pelo art. 3º da Lei n.º 9.427/1996, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 10.848/2004, controlar preços e tarifas de energia elétrica, homologando seus valores iniciais, reajustes e revisões” e ressalta que teria sido formulada nova consulta à Agência sobre o uso do IGP-M, obtendo como resposta que “o IGP-M é o índice de reajuste aceito pelo Poder Concedente em todos os Contratos de Concessão de Distribuição assinados com a União Federal, por refletir mais adequadamente as variações de preços do setor elétrico”;
- e) informa que, após as orientações da agência reguladora, promoveu a recomposição das bases de cálculo das contribuições, efetuou o recolhimento dos tributos apurados e formalizou as declarações de compensação sobre as diferenças recolhidas a maior.

Nesses termos, novamente defende a nulidade do Despacho Decisório por cerceamento do direito de defesa, basicamente reiterando as razões de sua Manifestação de Inconformidade, já afastada na análise das preliminares linhas acima, Alega ainda, em síntese, que:

- 1) “em nenhum momento nos autos do processo fiscal, os auditores da Receita Federal aferiram os custos de produção do contribuinte no período fiscalizado” e que “mesmo considerando o reajuste pelo IGPM como não preenchendo o conceito normativo de Preço Predeterminado, interpretação deveras equivocada, não poderia a fiscalização ignorar a outra prerrogativa legal concedida ao contribuinte”, questionando que “se não foram verificados os custos de produção, então como saber se eles variaram em percentual inferior ao reajuste contratual?”;
- 2) a Receita Federal “faz parecer que a comprovação da aferição dos custos de produção do contribuinte é um ônus do contribuinte”, mas “no momento em que a RFB realiza o Mandado de Procedimento Fiscal na empresa e procede na sua autuação, por meio do Despacho Decisório n.º 703/2011, ela deve realizar, também, a aferição dos custos de produção do contribuinte, o que não o faz”; e
- 3) traz o que sustenta ser “o demonstrativo da variação percentual dos custos de produção x IGP-M acumulado em 12 meses, nos exercícios financeiros de 2005 e 2006”, momento em que apresenta o quadro abaixo, arguindo que, a seu juízo, os custos de produção teriam sido superiores ao índice de reajuste do contrato:

	2006	2005
Custos de Produção *	(208.696.861,77)	(192.952.139,66)
%	8,1599	2,3834
IGP-M Acumulado 12m - 31/Dez	3,8476	1,2008

* Custos de produção a partir das demonstrações contábeis dos anos-calendário 2005 e 2006.

Diante de tais argumentos, requer ao fim de seu apelo que seja acolhido o presente Recurso, “buscando a suspensão da cobrança, a homologação de suas compensações administrativas realizadas (homologações dos créditos) e a conseqüente nulidade do Despacho Decisório n.º 974/2011, bem como do presente processo administrativo fiscal”.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Felipe de Barros Reche, Relator.

Competência para julgamento do feito

O litígio materializado no presente processo observa o limite de alçada e a competência deste Colegiado para apreciar o feito, consoante o que estabelece o art. 23-B do

Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015².

Conhecimento do recurso

O Recurso Voluntário interposto é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, de sorte que dele tomo conhecimento.

Preliminar de nulidade do Despacho Decisório

A recorrente acusa a ocorrência de vícios de nulidade, insubsistência e improcedência do processo de cobrança.

As nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal são declaradas com vistas a expurgar do mundo jurídico atos que tenham sido executados com vícios formais, ou seja, com ausência de condição ou requisito de forma indispensável à sua validade, ou com preterição do direito de defesa, quando se constata a ocorrência de inequívoco prejuízo à parte no exercício de seu direito de defesa.

Assim, se não houver prejuízo às partes pela prática do ato no qual se tenha considerado haver suposta irregularidade ou inobservância da forma, ou ainda o cerceamento do direito de defesa, não há de se falar na sua invalidação.

Nulidades no processo administrativo fiscal são tratadas nos arts. 59 e 60 do Decreto n.º 70.235/72, segundo os quais somente serão declarados nulos os atos na ocorrência de decisões ou despachos lavrados ou proferidos por pessoa incompetente ou dos quais resulte inequívoco cerceamento do direito de defesa à parte (*verbis* – grifos nossos):

“Art. 59. **São nulos:**

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

² Art. 23-B As turmas extraordinárias são competentes para apreciar recursos voluntários relativos a exigência de crédito tributário ou de reconhecimento de direito creditório, até o valor em litígio de 60 (sessenta) salários mínimos, assim considerado

o valor constante do sistema de controle do crédito tributário, bem como os processos que tratem: (Redação dada pela Portaria MF n.º 329, de 2017)

I - de exclusão e inclusão do Simples e do Simples Nacional, desvinculados de exigência de crédito tributário; (Redação dada pela Portaria MF n.º 329, de 2017)

II - de isenção de IPI e IOF em favor de taxistas e deficientes físicos, desvinculados de exigência de crédito tributário; e (Redação dada pela Portaria MF n.º 329, de 2017)

III - exclusivamente de isenção de IRPF por moléstia grave, qualquer que seja o valor. (Redação dada pela Portaria MF n.º 329, de 2017)

(...)

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio”.

Sob essa ótica, não vejo qualquer vício ou mácula que possa invalidar o Despacho Decisório n.º 974/2011, de 15/08/2011 (doc. fls. 049 a 066), que denegou a compensação pleiteada. Está correta e bem fundamentada a decisão de piso, ao concluir pela inexistência de nulidade no referido Despacho Decisório. Faço meus os fundamentos utilizados pela i. Relatora no voto condutor (fls. 710 e ss. – destaques nossos):

“Portanto, em face dos princípios que norteiam o Processo Administrativo Fiscal, somente duas são as espécies de irregularidades, elencadas nos incisos do artigo 59 retrotranscrito, que possuem o condão de contaminar de nulidade “ab initio” as peças que o compõem. Pela análise dos autos, constata-se que **o questionado despacho decisório foi lavrado com fundamento em Informação Fiscal e contempla todos os requisitos necessários. Foi emitido por servidores competentes, tendo como referência informação fiscal de auditor-fiscal da RFB. Os atos contemplam a legislação correspondente, a devida motivação e descrição dos fatos, não tendo sido possível identificar máculas do ponto de vista formal.**

(...)

A interessada alega não saber qual o valor que estaria sendo cobrado após a emissão do Despacho Decisório. A planilha de fls. 47, aponta que apenas parte do valor declarado na presente DCOMP foi homologado, indicando o valor do débito remanescente. Assim, por óbvio, o débito remanescente está sendo exigido da interessada. Essa planilha foi entregue à interessada juntamente com o Despacho Decisório. **Consta ainda do processo Demonstrativo de Imputação do crédito confirmado (fls.20/42). Além disso, consta do próprio Despacho Decisório, item 42.3.3, lista que indica que a presente DCOMP como homologada parcialmente.** Se ainda assim restasse qualquer dúvida a respeito do montante exigido, bastaria a empresa efetuar uma consulta ao processo administrativo em tela, prerrogativa que detém o contribuinte em todas as fases processuais, para sanar qualquer dúvida existente.

(...)

Por outro lado, verificamos que **a manifestação de inconformidade abordou de forma bastante minuciosa, em um arrazoado de 27 páginas, todos os pontos que levaram ao indeferimento do seu pleito, demonstrando total conhecimento da motivação que embasou o Despacho Decisório, não restando demonstrado qualquer prejuízo à ampla defesa.**

(...)

Dessa forma, ao contrário do alegado, não há que se falar em nulidade do ato administrativo, uma vez **que não existe qualquer indício que denote vício irremediável, visto que no processo não restou provada qualquer violação às determinações contidas no regramento legal antes apontado. Em particular, a empresa demonstrou ter conhecimento da origem e dos motivos do não reconhecimento do crédito”. (...)**”.

Improcedente, portanto, a arguição de nulidade.

Análise do mérito

No mérito, o que se discute nos autos é a homologação parcial da Declaração de Compensação n.º 23533.88730.111006.1.3.04-4407, de 11/10/2006, por meio da qual buscou a recorrente compensar créditos decorrentes de pagamento da Contribuição para o PIS/PASEP, efetuado pela Concessionária relativamente ao período de apuração de agosto de 2004, o qual defende ter sido recolhido em montante maior do que o devido.

Sustenta a recorrente que o recolhimento de PIS teria ocorrido sobre receitas de contratos de fornecimento de serviços a preço predeterminado, com prazo superior a um ano, firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, as quais, no entendimento da Concessionária, poderiam continuar a ser tributadas pela sistemática da cumulatividade, conforme previsão contida no inciso XI do artigo 10 e inciso V do artigo 15 da Lei n.º 10.833/2003, observado o disposto no artigo 109 da Lei n.º 11.196/2005.

A homologação parcial foi feita a partir do entendimento, manifestado por meio do mencionado Despacho, de que o recolhimento da Contribuição deveria ter sido efetuado sob a sistemática da não cumulatividade. Tal entendimento, referendado pelo Acórdão recorrido, baseou-se no fundamento, em síntese, de que:

- (i) a manutenção do recolhimento da contribuição para o PIS e da Cofins sob a sistemática da cumulatividade, consoante o art. 10, inciso XI, da Lei n.º 10.833/2003³, deve observância a quatro requisitos: contrato de fornecimento de bens e serviços ou construção por empreitada; a preço predeterminado; com prazo de duração superior a um ano; e assinatura anterior a 31 de outubro de 2003;
- (ii) o uso do conceito de preço predeterminado seria considerado mantido até o primeiro reajuste de preços, sendo possível, durante esse período, somente ajustes de preço do contrato com base na variação dos custos de produção ou do custo dos insumos;
- (iii) essa condição, em observância ao que estabelecem o art. 109 da Lei n.º 11.196/2005⁴ e o art. 27, § 1.º, inciso II, da Lei n.º 9.069/1995⁵, estava expressamente estabelecida no art. 3.º da Instrução Normativa SRF n.º 658/2006⁶; e

³ Lei n.º 10.833, de 2003

“Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1.º a 8.º:

(...)

XI – as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003:

(...)

b) 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; (...).”

⁴ Lei n.º 11.196/2005

“Art. 109. Para fins do disposto nas alíneas b e c do inciso XI do caput do art. 10 da Lei n.º 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 § 1.º do art. 27 da Lei n.º 9.069, de 29 de junho de 1995, não será considerado para fins da descaracterização do preço predeterminado.”

(iv) a Concessionária recolhia PIS/COFINS sob a sistemática da cumulatividade com base em contratos a preço predeterminado, porém reajustou os preços com a utilização do IGP-M (Índice Geral de Preços do Mercado, calculado pela Fundação Getúlio Vargas FGV), que não reflete a variação de custos de produção ou de insumos, em desacordo com o conceito normativo de preço predeterminado, ferindo, assim, a regra de permanência para recolhimento dos tributos sob aquela sistemática.

Ao longo de todo o contencioso, a recorrente tem defendido, em linhas gerais, além da nulidade do Despacho Decisório por suposto cerceamento do seu direito de defesa: a observância ao inciso XI do art. 10 da Lei n.º 10.833/2003, por entender que o IGP-M se enquadra no conceito do art. 27 da Lei n.º 9.069/199; que a correção monetária do valor das tarifas não descaracteriza a condição de preço predeterminado; e que todo o recolhimento dos tributos se deu em estrito atendimento às regras estabelecidas pela agência reguladora ANEEL.

Este Relator entende que a razão está com a decisão recorrida.

Me alinho àqueles que mantêm o entendimento de que o art. 10 da Lei n.º 10.833, de 2003, c/c art. 15, V, da mesma Lei, é expresse em estabelecer que a manutenção do recolhimento das contribuições sob a sistemática da cumulatividade depende da manutenção da condição de preço predeterminado para o contrato de fornecimento de bens e serviços e que o reajuste de preços tendo como índice o IGP-M fere essa condição, consoante o que estabelecem o art. 109 da Lei n.º 11.196/2005 e o art. 27, § 1º, inciso II, da Lei n.º 9.069/1995, ainda que utilizado sob a recomendação da ANEEL.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se desde 1º de novembro de 2003”.

⁵ Lei n.º 9.069, de 29 de junho de 1995

“Art. 27. A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária contraída a partir de 1º de julho de 1994, inclusive, somente poderá dar-se pela variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor, Série r IPC-r.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica:

(...)

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; (...)”

⁶ Instrução Normativa SRF n.º 658, de 2006

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 reflita 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”.

O índice IGP-M, como índice de preço, não se configura como ajuste de preço efetuado com base na variação dos custos de produção ou do custo dos insumos.

Me alinho também ao pensamento de que a recorrente não comprovou que o reajuste de preços pelo IGP-M se deu 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, como facultou o § 3º do art. 3º da IN SRF n.º 658, de 2006. Correto o entendimento da decisão de piso, ao afirmar que a recorrente não trouxe aos autos, em sede de Manifestação de Inconformidade, qualquer comparação entre o percentual de reajuste e a variação do IGP-M no período (fls. 716 e ss. – destaques nossos):

“A interessada entende que a utilização do IGPM se refere tão-somente à correção monetária dos preços do produto fornecido (energia contratada), preservando seu valor originalmente acordado. Tal fato não está em discussão, não havendo qualquer vedação à cláusula de reajuste dos valores fixados em contrato para fins de atualização monetária. No entanto, **a IN/SRF n.º 658/06 ressalva da descaracterização do preço predeterminado, em caso de qualquer alteração de preços**, apenas a utilização de índice de reajuste que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, ou, ainda, da própria variação dos custos de produção. **Tal condição não se comprova no presente caso, visto tratar-se o IGP-M, como já dito, de índice geral, e não específico para os insumos utilizados no fornecimento prestado pela empresa.**

Além disso, ressalte-se que a exceção contida no § 3º indica um reajuste de preços efetuado em percentual não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação do índice. Desta forma, **para considerar admissível a utilização do IGPM para fins do disposto naquele dispositivo, caberia à impugnante demonstrar que o reajuste efetuado não ultrapassa o limite nele fixado, o que também não foi feito, não tendo sido trazida aos autos qualquer comparação entre o percentual de reajuste e a variação do IGPM no período.**

(...)

Ao contrário do que defende a interessada, **em que pese ser competência da ANEEL estabelecer os índices de reajuste de preços e tarifas do setor de energia elétrica, a competência para exigir tributos e aplicar a legislação tributária é da Secretaria da Receita Federal do Brasil na pessoa do Auditor Fiscal**, de acordo com o Código Tributário Nacional.

A Coordenação de Tributação da Receita Federal do Brasil por meio da Nota Cosit n.º 1, de 16 de fevereiro de 2007 se posicionou de forma contrária ao entendimento da ANEEL. Essa posição foi corroborada pelo Parecer PGFN/CAT n.º 1610/2007, emitido pela Coordenação-Geral de Assuntos Tributários da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional”.

Já em Recurso Voluntário, na tentativa de afastar a decisão de primeira instância, trouxe somente três linhas de uma tabela que trazem um porcentual do que supostamente seria a variação de seus custos de produção nos anos de 2005 e 2006, sem agregar qualquer laudo técnico, estudo setorial ou documentos que possam corroborar tal afirmação, asseverando que incumbe à autoridade fiscal a aferição dos custos de produção do contribuinte.

Ora, é cediço que, em pedidos de ressarcimento/compensação, é do Contribuinte o ônus de comprovar a certeza e liquidez do crédito pretendido a compensar, em consonância com art. 373 da Lei n.º 13.105/2015, aplicável subsidiariamente ao caso, que determina que o ônus da prova incumbe a quem alega fato constitutivo de direito. No caso, incumbe à postulante à

manutenção da sistemática cumulativa das contribuições para o PIS e Cofins a demonstração de que o índice empregado cumpre os requisitos legais.

Importante ressaltar, por fim, que nos dois processos referidos pela recorrente como originários do presente processo (processos n.º 11080.725253/2011-24 e n.º 11080.726858/2011-32) foram mantidas, na 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, as glosas aplicadas pela fiscalização (Acórdãos n.º 9303-004.468 e n.º 9303-004.469), acolhendo, os julgadores, os argumentos do Recurso Especial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Motivou a manutenção das glosas o entendimento de que houve descaracterização do preço predeterminado, sob o fundamento de que *“incumbe à empresa postulante à manutenção na sistemática cumulativa da contribuição a demonstração de que o índice empregado cumpre os requisitos legais, expressamente a de que a variação dos custos efetivamente ocorrida seria igual ou superior à praticada com base no índice contratualmente definido”*.

Conclusões

Diante do exposto, VOTO no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade suscitada no Recurso Voluntário, para, no mérito, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Luis Felipe de Barros Reche