



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

Processo n° 19515.720041/2012-96
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 3402-002.627 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de janeiro de 2015
Matéria COFINS
Recorrente AES TIETE S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

Recurso de Ofício

COFINS. QUITAÇÃO DE TRIBUTOS ATRAVÉS DE PER/DCOMP. EFEITOS DE PAGAMENTO. ABATIMENTO DA EXIGÊNCIA.

Deve ser mantida decisão que excluiu do lançamento valores que foram objeto de Declarações de Compensação, eis que as mesmas operam a extinção do crédito tributário sob condição de sua ulterior homologação, além de se constituírem em instrumento de constituição válida e eficaz do crédito tributário, autorizando sejam as compensações não homologadas cobradas diretamente pelos meios próprios.

Recurso de Ofício Negado.

Recurso Voluntário

COFINS. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE BEM CELEBRADO ANTES A 31/10/2003. REGIME CUMULATIVO. PREÇO PREDETERMINADO. ART. 109, DA LEI N° 11.196/2005. REAJUSTE PELO IGPM. PRESERVAÇÃO DO CARÁTER PREDETERMINADO DO PREÇO. CANCELAMENTO DA EXIGÊNCIA.

1. Nos termos das alíneas “b” e “c”, do inciso XI, do art. 10, da Lei n° 10.833/2003, permanecem sujeitas ao regime cumulativo de incidência da COFINS as receitas decorrentes de contratos celebrados anteriormente a 31/10/2003, ou em se tratando de contratos com a Administração Pública direta ou indireta, que decorram de processo licitatório anterior, em qualquer caso desde sejam a preço predeterminado.

2. Por força do art. 109, da Lei n° 11.196/2005 (Lei do Bem), ajustes contratuais posteriores a 31/10/2003, que visem o reajuste do contrato pela correção monetária do preço dos bens fornecidos “em função do custo de

produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados”, não importam em descaracterização do que seja preço predeterminado, ainda mais diante de manifestação expressa que o índice aplicado (IGPM) refletiu a variação de índice do setor, para os efeitos da Lei.

Recurso Parcialmente Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para determinar que seja afastado do lançamento os valores decorrentes do reenquadramento das receitas oriundas do "Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica" celebrado entre o contribuinte (vendedor) e a empresa Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A (compradora) em 07 de dezembro de 2000 para o regime não cumulativo, eis que devem permanecer no regime cumulativo. Vencido conselheiro alexandre kern.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho – Presidente Substituto

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior – Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO (Presidente), MARIA APARECIDA MARTINS DE PAULA, FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, ALEXANDRE KERN, JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR, FRANCISCO MAURICIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA e eu, ELAINE ALICE ANDRADE LIMA, Chefe da Secretaria, a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração referente à Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), por fatos geradores ocorridos em 2007 a 2010.

Conforme o Termo de Constatação, de fls. 3239 e ss., foram verificados os seguintes fatos:

- 1- O contribuinte tributou no regime cumulativo receitas de geração e fornecimento de energia elétrica, amparadas em contratos de fornecimento de energia assinados antes de 31 de outubro de 2003. O fornecimento de energia a que se referem esses valores decorre de "Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica" celebrado entre o contribuinte (vendedor) e a empresa Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A (compradora) lavrado em 07 de dezembro de 2000;
- 2- O referido contrato contém cláusulas que determinam reajustes de preços, não se enquadrando, portanto, como contratos a preços pré-determinados. Além disso, o próprio contrato prevê a hipótese de renegociação do preço da energia há ocorrer nos anos 2008 e 2012;
- 3- Com fundamento na legislação vigente conclui-se que as receitas oriundas de fornecimento de energia elétrica, contabilizadas pelo contribuinte na conta contábil denominada "61101002 Suprimento Contrato Básico" que têm por base contrato de fornecimento de energia elétrica para a empresa Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A, não se enquadram no disposto no inc. XI, alínea 'b', do art. 10 da Lei 10.833/2003 c/c inc. V do art. 15 da mesma Lei e, portanto, devem ser tributadas pela COFINS e pelo PIS/PASEP nos regimes não-cumulativos;
- 4- Foram apurados os créditos de PIS e COFINS aos quais o contribuinte possa fazer jus, notadamente oriundos da compra de energia elétrica para revenda;
- 5- Observou-se insuficiência de declaração das demais receitas, sendo lançados de ofício o PIS e a COFINS não declarados;
- 6- Foi constatada a utilização de crédito não confirmado pelos registros constantes nos balancetes do contribuinte, sendo glosados os créditos indevidamente utilizados e lançados o PIS e a COFINS devidos em decorrência dessas glosas, por meio da limitação, aos valores confirmados, do crédito considerado em favor do contribuinte.

Foram lavrados os seguintes Autos de Infração:

1. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS (fls. 3.252/3.260): Total do crédito tributário, R\$ 680.037.417,72, incluídos o tributo, multa de ofício e juros de mora calculados até 01/2012. Fundamento legal citado nas fls. 3.257/3.260 e 3.269/3.270;

2. Contribuição para o PIS/PASEP (fls. 3.272/3.277): Total do crédito tributário, R\$ 147.777.108,25, incluídos o tributo, multa de ofício e juros de mora calculados até 01/2012. Fundamento legal citado nas fls. 3.277 e 3.287/3.288.

DA IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA

O Contribuinte apresentou Impugnação em 15/02/2012, às fls. 3297 e ss. (numeração eletrônica) expondo, em síntese, os seguintes fatos:

- que é empresa concessionária de serviço público de geração de energia elétrica e que firmou um contrato de compra e venda de energia elétrica com a Eletropaulo Metropolitana de São Paulo S/A.

- que desde a data da celebração do contrato, as receitas decorrentes estavam sujeitas à incidência do PIS e da COFINS à alíquota de 3,65%, com base na Lei nº 9.718/98.

- que em 29/12/2003, a Lei nº 10.833 instituiu um novo regime não cumulativo de apuração para o PIS e a COFINS, que passaram a ter uma alíquota agregada de 9,25%, com a possibilidade de aproveitamento de alguns créditos definidos pela legislação.

- que a legislação é clara ao estabelecer que os contratos com prazo superior a um ano, de fornecimento de bens, a preço predeterminado, estão sujeitos ao recolhimento do PIS e da COFINS pelo regime cumulativo. O Contrato em discussão é um contrato de fornecimento de bens (energia elétrica), válido até 2015 e o preço a ser pago está previsto nas cláusulas 1 'q' e 14, que determinam o valor a ser pago mensalmente;

- que o preço da energia a ser paga é predeterminado: R\$ 68,73 por megawatt-hora. Afirmar que o preço é predeterminado não significa dizer que o preço é fixo. Nesse sentido, até por se tratar de um contrato de longo prazo, nos termos da cláusula 15 do contrato, o preço predeterminado está sujeito ao reajuste anual com base na variação do IGPM;

- que o reajuste do contrato com base no IGPM não retira a característica de preço predeterminado do contrato;

- que a ANEEL, o órgão responsável pela definição do índice de reajuste aplicável ao setor, já se manifestou na Nota Técnica nº 224/2006SFF/ANEEL no sentido de que o IGPM é índice que reflete as variações de custos do setor e que, portanto, esse reajuste anual com base nesse índice oficial não descaracteriza o caráter de preço predeterminado;

- que a Requerente vem acompanhando a atualização de seu contrato ano a ano, e em momento algum, foi reajustado por valor superior ao reajuste dos seus custos, nos exatos termos propostos pela própria legislação editada pela Receita Federal do Brasil, a Instrução Normativa nº 658/2006;

- que o lançamento é nulo, pois o autuante ignorou o artigo 109 da Lei nº 11.196/2005, para fins de definição do que seja preço predeterminado;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 11/02/2015 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR, Assinado digitalmente em 13/0

2/2015 por GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO, Assinado digitalmente em 11/02/2015 por JOAO CARLOS CASSUL

I JUNIOR

Impresso em 25/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- que a legislação determina expressamente que eventual reajuste de preço em percentual não superior "ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados" não descaracteriza o preço predeterminado. O Auditor Fiscal tinha a obrigação de verificar se as condições previstas na legislação para manutenção do regime cumulativo foram descumpridas pelo contribuinte;

- que o IGPM sempre foi inferior ao acréscimo dos custos de produção durante o período em discussão, fato que o fiscal durante o processo investigatório não buscou examinar;

- que a ora Requerente junta parecer elaborado por uma das maiores empresas de Auditoria do mundo, PricewaterhouseCoopers ("PwC") que, com base em análise detalhada dos valores recebidos em razão do Contrato, bem como dos custos relacionados à energia vendida, constata que os reajustes muito embora tenham se fundamentado no IGPM, foram sempre inferiores à variação dos custos e que não houve qualquer renegociação dos contratos;

- que se identifica vício formal no lançamento, consubstanciado em erro na apuração da base tributável do PIS e da COFINS, o que compromete a integridade da constituição do crédito tributário em favor da Fazenda Nacional;

- que com relação aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e abril de 2007 e julho a dezembro também de 2007, a Requerente efetuou a compensação dos valores que entendeu devidos por meio da apresentação de PER/DCOMPs, conforme pode-se observar a título exemplificativo em uma das declarações referentes ao período que a Requerente junta em anexo (doc. nº 5);

- que o preço predeterminado é aquele preço previsto contratualmente e não se equipara a preço fixo. É nesse sentido que dispõe a Instrução Normativa nº 21, de 13 de março de 1979, que disciplina a aplicação do art. 10 do Decreto-lei nº 1.598/1977;

- que a aplicação de índices de correção monetária não pode ser confundida com majoração de preços, conforme artigo 97 do CTN;

- que sendo o IGPM um mero índice de correção monetária o fato de haver previsão contratual de reajuste pelo IGPM não implica em revisão dos preços acordados. O preço a ser pago pela energia adquirida permanece o mesmo;

- que qualquer reajuste de preços em percentual não superior ao acréscimo dos custos de produção não descaracteriza o preço predeterminado. É isso que dispõe expressamente o artigo 3º, §3º, da IN nº 658/06;

- que em função da vasta documentação relacionada ao tema e pela ausência dessa verificação no momento de fiscalização, se essa delegacia entender ser o caso, o contribuinte não se opõe à conversão do julgamento em diligência, para que se faça a confirmação de que os preços não foram reajustados em patamares superiores à variação de custos;

- que a aplicação de juros de mora sobre a multa lançada não tem base legal;

- quanto aos juros de mora, o contribuinte alega que a jurisprudência tem reconhecido a inaplicabilidade da taxa SELIC aos créditos tributários, uma vez que essa taxa não foi criada por lei para fins tributários;

- protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, §4º, alínea "a" do Decreto 70.235/72.

Ao final, requereu a nulidade do Auto de Infração, caso não seja atendido, pleiteia pelo cancelamento integral da exigência.

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo I (SP), em 05/06/2012, proferiu acórdão de nº 16-39.615, às fls. 3493 (numeração eletrônica), nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

REGIME CUMULATIVO. EXCEÇÃO À REGRA GERAL. Somente as receitas oriundas de contratos firmados antes de 31/10/2003, com prazo de duração superior a um ano e decorrentes do fornecimento de bens a preço pré-determinado poderiam permanecer no regime cumulativo.

DÉBITOS COMPENSADOS. Os tributos compensados por meio de PER/DCOMP devem ser considerados para fins de reduzir tributo apurado de ofício.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A multa de ofício, porquanto parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

REGIME CUMULATIVO. EXCEÇÃO À REGRA GERAL. Somente as receitas oriundas de contratos firmados antes de 31/10/2003, com prazo de duração superior a um ano e decorrentes do fornecimento de bens a preço pré-determinado poderiam permanecer no regime cumulativo.

DÉBITOS COMPENSADOS. Os tributos compensados por meio de PER/DCOMP devem ser considerados para fins de reduzir tributo apurado de ofício.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício, porquanto parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

Crédito Tributário Mantido em Parte

A DRJ julgou procedente em parte a impugnação, passando a argumentar primeiro quanto as preliminares, e no que tange à nulidade, aduz a DRJ que os Autos de Infração não foram lavrados por pessoa incompetente, e a hipótese do inciso II do art. 12 do Decreto nº 7.574/2011, que se refere ao cerceamento de defesa, não se aplica à fase de fiscalização.

A descrição dos fatos é clara e precisa, não deixando qualquer dúvida quanto ao fato imputado e as circunstâncias que envolveram o lançamento. O impugnante teve acesso a todos os elementos constantes das peças de autuação, e gozou do prazo de 30 dias para apresentar sua impugnação, sendo-lhe proporcionado o direito à ampla defesa.

Quanto às provas, foi indeferido o pedido de diligência, por não ser necessária, tendo em vista que a lide se restringe a matéria de direito e os autos estão suficientemente instruídos para a formulação do presente voto. O pedido de diligência não cumpriu os requisitos previstos no artigo 57, IV, do Decreto nº 7.574/2011, devendo ser considerado não formulado, nos termos do § 1º do artigo 57 do Decreto nº 7.574/2011.

No mérito, a DRJ afirma que, os requisitos necessários para que as receitas em tela fossem tributadas no regime cumulativo foram cumpridas, com uma única exceção, qual seja, o fornecimento do bem não se deu a preço pré-determinado. Destarte, estas receitas devem ser tributadas no regime não cumulativo.

Sobre a compensação, a DRJ entende não haver óbice ao aproveitamento destas compensações, com o intuito de reduzir o valor do tributo devido.

Tanto a compensação como o pagamento são formas de extinção do crédito tributário, desta forma, no momento em que a fiscalização considerou, para fins de apuração do tributo devido, os tributos cumulativos pagos, igual tratamento deveria ter sido dado aos tributos cumulativos compensados, tendo em vista que tanto um como outro extinguiram um crédito tributário, no entender do autuante, inexistente. Assim, os montantes referentes a tributos cumulativos compensados por meio de PER/DCOMP, serão utilizados para reduzir o tributo devido.

Dos juros moratórios, a única exigência para a fixação de juros de mora distintos do percentual de 1% (um por cento) ao mês é a expressa previsão legal, requisito preenchido pela Lei nº 9.065/1995 (artigo 13) e Lei 9.430/96 (artigo 61). O CARF tem esta matéria sumulada.

Quanto à reclamação da interessada pela cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício lançada, há de se considerar, primeiramente, que não houve o lançamento de juros de mora sobre multa de ofício, portanto, esta seria uma questão de cobrança, posterior ao julgamento da impugnação.

Convém destacar que o lançamento de ofício não se limitou à tributação das receitas oriundas do fornecimento de energia elétrica no regime não cumulativo, houve também glosa de créditos apurados no regime não cumulativo e lançamento de PIS e COFINS relativos a montantes não tributados.

Estas matérias não foram especificamente impugnadas pelo contribuinte, assim, tendo em vista as provas carreadas aos autos pela fiscalização o procedimento fiscal deve ser mantido.

Às fls. 3512 a 3514, encontram-se os demonstrativos do crédito tributário.

DO RECURSO DE OFÍCIO

Em face da desoneração parcial de créditos tributários arrolados no demonstrativo de fls. 3509 (n.e.), houve interposição de recurso de ofício por parte da Delegacia Regional da Receita Federal de Julgamento.

DO RECURSO

O contribuinte apresentou em 21/05/2013 recurso voluntário contra decisão proferida pela DRJ de São Paulo I – SP, às fls. 3526 e ss. (numeração eletrônica), alegando, em resumo, preliminarmente, da nulidade parcial do acórdão recorrido e a ausência da exclusão dos débitos de PIS/COFINS recolhidos no período de janeiro/abril 2007.

No mérito, o Contribuinte arguiu sobre a inexistência de descaracterização do preço predeterminado previsto contratualmente, o art. 109 da lei nº 11.196/05, a IN nº 658/06 e o reajuste aplicado aos contratos de energia elétrica.

Aduziu ainda, quanto à correção pelos índices que refletem a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, sobre o IGPM, que é índice de correção monetária e não de revisão de preços e também quanto aos juros sobre a multa aplicada.

Ao final, requereu seja integralmente provido o Recurso Voluntário, seja reconhecida a nulidade parcial do Acórdão nº 16-39.615, proferido pela 6ª Turma da DRJ/SP1, posto que a desconsideração da prova produzida pelo Contribuinte ofende o seu direito de defesa e prejudica a busca pela verdade material. O Contribuinte destaca que o laudo juntado da PwC foi produzido justamente para suprir a falha no trabalho dos agentes fiscais, os quais deveriam ter demonstrado que os reajustes aplicados teriam sido superiores ao aumento do seu custo de produção, o qual o Contribuinte frisa que não ocorreu.

Caso não sejam acolhidos os pedidos acima, requer seja acolhido e reformado parcialmente para julgar integralmente improcedente o lançamento feito por meio do Auto de Infração, e conseqüentemente, cancelar os débitos colocados em cobrança, uma vez que o Contribuinte demonstrou a permanência das receitas relativas ao Contrato celebrado com a Eletropaulo no regime cumulativo de recolhimento de PIS e COFINS, visto que as receitas discutidas referem-se a Contrato de fornecimento firmado anteriormente a 31 de outubro de 2003, com prazo superior a um ano, e a preço determinado.

Requer subsidiariamente, seja acolhido o Recurso Voluntário para reformar o Acórdão nº 16-39.615 e determinar a exclusão dos valores recolhidos pelo Contribuinte, por meio de pagamento via DARF, relativos aos períodos de apuração de Janeiro a Abril de 2007, bem como afastar a incidência do juros de mora sobre a multa de ofício.

Ainda, em função da vasta documentação relacionada ao tema e pela ausência dessa verificação no momento de fiscalização, o Contribuinte não se opõe à conversão

do julgamento em diligência, para que se faça a confirmação de que os preços não foram reajustados em patamares superiores à variação de custos, conforme laudo juntado aos autos.

O Contribuinte protesta por provar os argumentos alegados por todos os meios de prova em direito admitidos, sem exceção de quaisquer, inclusive pela juntada de novos documentos e a conversão do julgamento em diligência.

DA CONTRARRAZÕES DA FAZENDA

Em 26/07/2013, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional apresentou Contrarrazões ao Recurso Voluntário, argumentando sobre a legalidade da autuação e que o Contribuinte está sujeito ao regime não cumulativo de PIS e COFINS bem como a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, utilizando-se a taxa SELIC.

Ao final, requereu seja negado provimento ao Recurso do Contribuinte.

DA DISTRIBUIÇÃO

Tendo o processo sido distribuído a esse relator por sorteio regularmente realizado, vieram os autos para relatoria, por meio de processo eletrônico, em 01 (um) Volume, numerado até a folha 3725 (três mil setecentos e vinte e cinco mil), estando apto para análise desta Colenda 2ª Turma Ordinária da Terceira Seção do CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Carlos Cassuli Junior, Relator.

Inicialmente consigno que tanto o recurso de ofício versa sobre exoneração do lançamento em valor superior a R\$1.000.000,00, como Recurso Voluntário é tempestivo, preenchendo os demais pressupostos de admissibilidade e desenvolvimento válido e eficaz, de modo que tomo conhecimento de ambos os recursos, passando a abordagem de seus conteúdos, separadamente, nos termos que segue.

I. Do Recurso de Ofício

Consoante emerge do julgado da DRJ/SP1, houve o cancelamento parcial dos lançamentos tributários para que seja levado em consideração as compensações que o contribuinte realizara através de PER/DCOMP's relacionados nos autos, segundo o entendimento de que tanto a compensação quanto o pagamento em espécie, operam a extinção do crédito tributário.

Neste sentido, irretocável a decisão de piso, na medida em que nada mais fez do que excluir do lançamento valores que foram objeto de Declaração de Compensações, as quais, por seu turno, operam a extinção do crédito tributário sob condição de sua ulterior homologação. E, para o caso de eventualmente não haver a homologação, os valores integrantes da Declaração de Compensação já se constituem em valores líquidos, certos e exigíveis, que serão cobrados pelos meios próprios, inclusive por execução fiscal se não vierem a ser honrados.

Assim, assiste razão a Decisão recorrida que determinou fossem levados em consideração para fins de cancelamento parcial do lançamento, os pagamentos que se operaram através de PER/DCOMP, devendo, conseqüentemente, se mantida a decisão.

Ante o exposto, voto no sentido de **negar provimento ao Recurso de Ofício.**

II. Do Recurso Voluntário:

Deixo de analisar as questões suscitadas a título de preliminares, visando a nulidade da decisão recorrida ou da própria autuação, pois que, no mérito, a matéria será decidida em favor da Recorrente, forte no princípio de que *ne pas nullité sans grief*, sufragado pelo parágrafo 3º, do art. 59, do Decreto nº 70.235/72.

Passando ao conhecimento das matérias objeto do Recurso Voluntário, tem-se que a contenda se instalou por ter a Administração Fiscal entendido que as receitas oriundas do "*Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica*" celebrado entre o contribuinte (vendedor) e a empresa Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A (compradora) em 07 de dezembro de 2000, não poderiam permanecer sujeitas ao regime cumulativo, sob o fundamento de que, embora tivesse sido celebrado anteriormente a 31 de outubro de 2003, não se trataria de preço predeterminado, tendo sofrido reajustes que não estariam atrelados a reposição da variação de custos de produção ou da variação dos índices que reflitam a variação ponderada no custo dos insumos no setor.

Por seu turno, sustenta a Recorrente que apenas foi aplicado o IGPM, previsto contratualmente, como índice de correção monetária, e como tal, não significaria que de sua atualização houvesse a desnaturação do contrato para preço variável, valendo-se de entendimento emanados da ANEEL e de normativas da própria Receita que entende aplicável em seu favor.

Quanto a questão atinente ao regime jurídico de tributação aplicável às receitas provenientes de contratos assinados anteriormente a 31/10/2003, a Lei garante a permanência no regime *cumulativo*, seja para relações jurídicas entre particulares, seja de particulares para com a Administração Pública direta ou indireta, nos termos das alíneas “b” e “c”, do inciso XI, do art. 10, da Lei nº 10.833/2003, *in verbis*:

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;

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;

A legislação contemplou as relações jurídicas estabelecidas antes de 31/10/2003, para permanência no regime *cumulativo* visando preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, já que a intenção da criação do regime não cumulativo de apuração das contribuições em questão, declaradamente, não era nem o aumento de tributos e nem o aumento do custo dos serviços com reflexos negativos na inflação e assim por diante. Apenas buscou-se criar um regime em que tais tributos gravassem os valores agregados em cada etapa de produção e circulação, evitando a tributação “em cascata”.

Assim, a base tomada pela Lei para permanência das receitas de contratos estabelecidos antes de 31/10/2003 é, inicialmente, este termo inicial das relações jurídicas, sendo que para contratos administrativos abrange avenças assinadas posteriormente, mas desde que decorrentes de processos licitatórios concluídos antes desta data, pois que entende-se que os custos contidos nas propostas apresentadas basearam-se na estrutura tributária atinente ao regime *cumulativo* de apuração das contribuições em questão. Além disso, é exigível em todas as relações contratuais legalmente ressalvadas, o requisito do preço que deve ser *predeterminado*.

Especificamente no tocante aos contratos estabelecidos entre entidades *privadas*, a alínea “b” do inciso XI, do art. 10, da Lei nº 10.833/2003, em análise, ainda exige que se trate de relação com prazo superior a 01 ano, exigência essa, porém, que não é imposta para os contratos consumados com a Administração Pública direta ou indireta, nos termos da interpretação literal da alínea “c”, do citado inciso XI.

Assim, temos que para permanência no regime cumulativo, deve-se atender aos pressupostos legais acima elencados.

Porém, ante a dinâmica das relações contratuais e os efeitos nas relações jurídicas constituídas anteriormente a 31/10/2003, adveio a Instrução Normativa nº 468/2004, que trouxe a interpretação do que a Administração fazendária entendia como sendo receitas oriundas dos contratos referidos, especificamente quanto ao que seja preço *predeterminado*, bem como quanto ao prazo de vigência, prevendo, dentre outras interpretações, que o simples reajuste de preço de pronto já importaria em exclusão das receitas do regime cumulativo. Além disso, previu também que se houvesse a simples prorrogação do contrato para prazo superior a 01 ano ou por prazo indeterminado, igualmente já importaria na migração das referidas receitas para serem então tributadas pelo regime não-cumulativo.

Para atribuir, porém, maior segurança na interpretação ao Direito posto, adveio a norma do art. 109, da Lei nº 11.196/2005, que assim disciplinou:

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. (grifou-se)

Desta forma, a Lei deixou claro que se houver algum ajuste contratual posterior a 31/10/2003, que visar o reajuste do contrato pela correção do preço dos serviços “em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados”, nem o suposto aditivo contratual e nem o mero **reajuste de preços**, não poderiam significar descaracterização do que fosse preço *predeterminado*, previsto nas alíneas “b” e “c”, do inc. XI, da Lei nº 10.833/2003. Esta Lei claramente é de cunho interpretativo, sendo que expressamente retroagiu seus efeitos a 1º de novembro de 2003, abrangendo, portanto, todo o período objeto dos lançamentos em análise..

Como consequência desta previsão legal (art. 109, da Lei do Bem), tem-se que a Lei nº 10.833/2003, não proibia que se celebrassem aditivos contratuais ou que se procedessem a *reajustes de preços*, posteriormente a 31/10/2003, para manutenção no regime *cumulativo*. Ou seja, a celebração de aditivos contratuais, a prorrogação de relações jurídicas estabelecidas antes de 31/10/2003, ou o reajuste de preços, desde que nos moldes do art. 109, da Lei do Bem, não afastam as receitas dos aludidos contratos do regime *cumulativo* de tributação das contribuições ao PIS e à COFINS.

Fixadas essas premissas, e considerando o caso concreto, tem-se que o preço previsto no contrato (R\$ 68,73 por megawatt-hora) foi reajustado unicamente pela incidência do IGPM, tendo a ANEEL, através da Nota Técnica nº 224/2006-SFF, expressado que referido índice refletiu a variação dos custos do setor.

Vejamos dois pontos fundamentais extraídos na citada Nota Técnica da ANEEL:

“qualquer reajuste de preço previsto contratualmente, que tenha por objetivo assegurar o reajuste necessário para minimizar os efeitos do desgaste inflacionário ocorrido durante o ano, sem que haja alteração (revisão) do preço e das condições pactuadas quando da assinatura do contrato, mediante índices estipulados contratualmente, qualquer que seja ele, não descaracteriza o preço predeterminado.

(...)

Nesse ponto, cabe observar que o índice utilizado nos Contratos de Suprimento de Energia Elétrica (sejam eles Contratos Iniciais ou Contratos Bilaterais), bem como nos Contratos de Concessão dos Serviços Públicos de Transmissão é o IGP-M (Índice Geral dos Preços do Mercado), apurado pela Fundação Getúlio Vargas- FGV. O IGP-M é índice que se enquadra no conceito apresentado pelo artigo 27 da Lei nº 9.069/95.”

Cabe ainda destacar o teor da Instrução Normativa nº 658/06, da própria Receita Federal, que assim regulamenta, internamente, a interpretação aqui em debate:

“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.”

Com efeito, ganha relevo o quadro transcrito na decisão da DRJ/SP1, assim estampado:

Período	Variação nos Custos	Reajuste Obtido no contrato
2003/2004	22,5%	9,6%
2004/2005	9,4%	7,1%
2005/2006	37,7%	0,9%
2006/2007	20,3%	3,9%
2007/2008	57,2%	13,4%

Ao contrário da conclusão atingida pela DRJ/SP1, de que o índice de reajuste de preço obtido no contrato da Recorrente é *diferente* dos percentuais que a seu ver refletiriam a variação de custos dos insumos do setor, interpreto esta oscilação como uma prova de que o que foi efetivamente repassado ao contrato foi apenas o índice do IGP-M, e não a variação real dos preços dos insumos de produção. E, conseqüentemente, tenho que nos termos da IN nº 658/06, acima transcrito, apenas poderia haver a exigência do tributo pelo regime não cumulativo, SE houvesse sido em percentual **superior** àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção. A realidade prova que os reajustes foram em percentuais **inferiores**, e, portanto, caberia a Fiscalização demonstrar que o IGP-M oscilou em percentual inferior ao aplicado, para então lavrar o auto. Alegar que o reajuste foi em percentual **inferior** ao do

efetivo aumento dos custos dos insumos no setor, apenas milita em favor de concluir que não se alterou o critério de preço *predeterminado*.

Resta concluir que o critério de reajuste do preço contratado o fora pela *variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados*, o qual, segundo o órgão regulador (Nota Técnica n° 224/2006-SFF), esse fator é refletido pelo IGP-M.

Desta forma, a teor do art. 109, da Lei n° 11.196/2005, emerge claro que os reajustes anuais com base nesse índice oficial não descaracteriza o caráter de preço predeterminado, transmudando o preço predeterminado em preço variável. Não há que confundir-se preço predeterminado com preço fixo, e não se pode esquecer que a correção monetária em nada acrescenta ao capital, mas apenas serve para recompor o poder aquisitivo da moeda.

Destarte, as receitas provenientes do "*Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica*" celebrado entre o contribuinte (vendedor) e a empresa Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A (compradora) em 07 de dezembro de 2000, estavam amparadas por Lei para permanecerem no regime *cumulativo*, e, conseqüentemente, deve ser aplicado esse entendimento na execução deste julgado, para todos os fins legais.

Conseqüentemente, restam prejudicados os demais pontos contidos no recurso, no tocante a pedidos sucessivos, assim como restaram preclusas por falta de impugnação e de recurso correspondente, as matérias atinentes à glosas de créditos para o regime não cumulativo.

Ante o exposto, voto no sentido de:

- a) Conhecer e **negar provimento ao Recurso de ofício**;
- b) Conhecer e **dar parcial provimento ao Recurso Voluntário**, unicamente para determinar seja afastado do lançamento os valores decorrentes do reenquadramento das receitas oriundas do "*Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica*" celebrado entre o contribuinte (vendedor) e a empresa Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A (compradora) em 07 de dezembro de 2000 para o regime não cumulativo, eis que devem permanecer no regime cumulativo.

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior – Relator.

Processo nº 19515.720041/2012-96
Acórdão n.º **3402-002.627**

S3-C4T2
Fl. 3.733

CÓPIA