



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

Processo nº	10166.730163/2013-12
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	3403-003.482 – 4^a Câmara / 3^a Turma Ordinária
Sessão de	12 de dezembro de 2014
Matéria	PIS/COFINS
Recorrente	CENTRAIS ELÉTRICAS DO NORTE DO BRASIL S.A. - ELETRONORTE
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009, 2010

COFINS. REGIME CUMULATIVO. PREÇO PREDETERMINADO. REAJUSTE. ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA.

Não descharacteriza a condição de preço predeterminada a previsão de cláusula de correção monetária baseada no IGPM ou IPCA, pois tais índices no contrato têm como objetivo preservar o valor do preço predeterminado pelas partes, evitando, assim, os efeitos nefastos da inflação sobre os preços.

COFINS. REGIME CUMULATIVO. PREÇO PREDETERMINADO. REAJUSTE. INSTRUÇÃO NORMATIVA N 658/2006.

A Instrução Normativa n658/2006, da RFB, nunca poderia ter restringido o conteúdo do inciso XI, do artigo 10 da Lei n 10.833/2003, sem prévia autorização legal, em sentido expresso, nem a IN SRF n 468/2004, conforme reconhecido pelo STJ. Precedente judiciais e administrativos.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do Relatório e do Voto que fazem parte integrante do presente. A Conselheira Mônica Garcia de los Rios participou do julgamento em substituição ao Conselheiro Alexandre Kern.

(assinado digitalmente)

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

Autenticado digitalmente em 18/01/2015 por LUIZ ROGERIO SAWAYA BATISTA, Assinado digitalmente em 02/02/2015 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 18/01/2015 por LUIZ ROGERIO SAWAYA BATISTA

TA

Impresso em 13/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Antonio Carlos Atulim - Presidente.

(assinado digitalmente)

Luiz Rogério Sawaya Batista - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Carlos Atulim (presidente da turma), Rosaldo Trevisan, Alexandre Kern, Ivan Allegretti, Domingos de Sá Filho e Luiz Rogério Sawaya Batista (relator).

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado contra a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. Eletronorte, apurado por meio do Mandado de Procedimento Fiscal nº 01.1.01.00-2012-02614-7 relativo ao cumprimento das obrigações tributárias referentes à Contribuição para o PIS/PASEP e a COFINS, período de apuração 2009 e 2010.

Conforme se depreende do Termo de Verificação Fiscal de fls. 4.011 a 4.075, entendeu a Fiscalização que a contribuinte, nos anos de 2009 e 2010, embora tendo apurado o PIS e a Cofins no regime cumulativo, já estava sujeita ao regime não cumulativo. Isso porque, a juízo da autoridade lançadora, não se aplicava no caso concreto o disposto no inciso XI, do art. 10, da Lei nº 10.833/2003.

Foi descaracterizada a figura do *preço predeterminado*, dado que a contribuinte, apesar de intimada, não logrou comprovar que os reajustes dos preços ocorreram em função do acréscimo dos custos de produção ou de índices que refletissem a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

Portanto a contribuinte não teria demonstrado que os reajustes ocorreram em percentual não superior àqueles correspondentes ao acréscimo dos custos de produção. Os contratos foram reajustados pelo IGP-M e IPCA.

Concluiu a Fiscalização que esses índices refletem a variação dos preços de uma forma geral, compreendendo desde produtos agrícolas até serviços finais ao consumidor, e, por isso, não atendem ao disposto no art. 109 da Lei nº 11.196/2005, nem à Instrução Normativa SRF nº 658/2006.

Nenhum desses índices refletiria especificamente a variação ponderada dos custos dos insumos necessários à execução dos contratos firmados pela contribuinte, o que afastaria o caráter predeterminado dos preços praticados.

A contribuinte apresentou Impugnação, em que alega o seguinte:

As receitas cuja tributação se discute são decorrentes de contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003. A Instrução Normativa SRF nº 658/2006, na linha do Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001 Autenticado digitalmente em 18/01/2015 por LUIZ ROGERIO SAWAYA BATISTA, Assinado digitalmente em 02/02/2015 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 18/01/2015 por LUIZ ROGERIO SAWAYA BATISTA TA

disposto no art. 109 a Lei nº 11.196/2005, reconheceu a aplicação do regime cumulativo aos contratos em que o ajuste de preço se efetivasse em percentual não superior àquele correspondente ao acréscimo do custo de produção ou variação de índice que reflete a variação ponderada os custos dos insumos utilizados;

O preço predeterminado em contrato não perde a sua natureza simplesmente pela previsão de reajuste decorrente da correção monetária. Se a pretensão do legislador, a partir da Lei nº 10.833/2003, fosse excluir os contratos com preço preestabelecido e cláusula de reajuste, o termo empregado seria preço fixo e não preço predeterminado;

A tarifa de energia elétrica é regulada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, não cabendo às concessionárias decidir quanto à sua majoração. Existe manifestação da própria Receita Federal, nos processos administrativos 14033.003352/208-18 e 10166.911300/2009-23, no sentido de que o regime aplicável à Cofins e ao PIS é o da incidência cumulativa;

Quanto à multa, arguiu a inadequação do percentual, tendo em vista a boa-fé da impugnante, no mais, a penalidade tem caráter de confisco, cabendo, na eventualidade de ser mantido o lançamento, a redução do percentual para 20%.

A DRJ julgou a Impugnação improcedente sob os seguintes fundamentos.

Sobre a matéria, a Receita Federal, através da Coordenação-Geral de Tributação, se pronunciou pela Nota Técnica Cosit nº 1, de 16 de fevereiro de 2007, sustentando o entendimento de que o IGP-M não atende à exigência do art. 109 da Lei nº 11.196/2005.

A DRJ utiliza como fundamento a decisão proferida pela 2ª Turma da Delegacia de Julgamento de Porto Alegre que apreciou questão semelhante ao presente processo, citando o voto da Relatora Ana Cristina Schneider Martins, que basicamente, se apegou à aplicação da Instrução Normativa nº 658/2006.

A decisão utilizada como fundamento cita, ainda que:

Portanto, em que pesa orientação da ANEEL, que por meio da Nota Técnica nº 224/2006 SFF/ANEEL, entendeu que a utilização do IGP-M não descharacteriza a condição de preço predeterminado dos contratos firmados pela autuada, esse não é o posicionamento adotado pela Receita Federal do Brasil.

E finaliza o seu voto, concluindo pela Nota Cosit nº 01/2007, anteriormente citado pela DRJ:

A Coordenação de Tributação da Receita Federal do Brasil por meio da Nota Cosit nº 1, de 16 de fevereiro de 2007 se posicionou de forma contrária ao entendimento da ANEEL. Essa posição foi corroborada pelo Parecer PGFN/CAT nº 1610/2007, emitido pela Coordenação-Geral de Assuntos Tributários da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

A Recorrente apresentou Recurso Voluntário, em que reitera suas alegações constantes na Impugnação, e descreve que em respostas aos Termos de Intimação 1 a 9, Autenticado digitalmente em 18/01/2015 por LUIZ ROGERIO SAWAYA BATISTA, Assinado digitalmente em 02/02/2015 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 18/01/2015 por LUIZ ROGERIO SAWAYA BATISTA

forneceu toda a documentação e explicações solicitadas pelo auditor fiscal, especialmente acerca da manutenção das receitas de contratos firmados anteriormente a outubro de 2003 no regime de tributação cumulativa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Rogério Sawaya Batista

O Recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

A matéria é de conhecimento do CARF e do próprio Poder Judiciário e se refere à continuidade ou não de aplicação do regime cumulativo em contratos de fornecimento de bens e serviços firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, conforme disposto no inciso XI, do artigo 10 da Lei n 10.833/2003:

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;*

Mais especificamente, a discussão se refere à aplicação da condição de preço predeterminado aos contratos da Recorrente, firmados antes de 31 de outubro de 2003, com prazo superior a 1 ano, de fornecimento de energia elétrica.

De acordo com a Fiscalização, o que contou com a concordância da DRJ, o fato de os contratos da Recorrente conterem cláusula de correção monetária com base no IGPM-FGV ou no IPCA desnaturaria a condição de preço predeterminado, sendo que a Recorrente não teria demonstrado que os reajustes ocorreram em percentual não superior àqueles correspondentes ao acréscimo dos custos de produção.

Importante ressaltar que em decorrência da discussão centrar-se no inciso XI, do artigo 10 da Lei n.º 10.833/2003, o artigo 109 da Lei n.º 11.196/2005, de caráter interpretativo, se aplica ao presente processo:

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.

E, ainda, a Instrução Normativa n.º 658/2006, cujo artigo 3º assim dispõe:

Art. 3º Para efeito desta Instrução Normativa, preço predeterminado é aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato.

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

§ 2º Ressalvado o disposto no § 3º, o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação, após a data mencionada no art. 2º, da primeira alteração de preços decorrente da aplicação:

I - de cláusula contratual de reajuste, periódico ou não; ou

II - de regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos dos arts. 57, 58 e 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 3º O reajuste de preços, efetivado após 31 de outubro de 2003, em percentual não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, não descaracteriza o preço predeterminado.

Caracterizada a situação fática do presente processo, sobre a qual não há discussão, a matéria é exclusivamente de direito e, reitero, a matéria controvertida reside no enquadramento das cláusulas de correção monetária baseadas no IGPM e IPCA no contexto de preço predeterminado ou não.

O inciso XI, do artigo 10 da Lei n.º 10.833/2003 não estabelece a definição de preço predeterminado e sequer o artigo 109 da Lei n.º 11.196/2005, que simplesmente previu adicionalmente que não descaracteriza o preço predeterminado 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.

Em verdade, o artigo 109 da Lei n 11.196/2005 faz referência ao artigo 27 da Lei n 9.069/1995, que dispõe sobre o Plano Real, e estabelece a correção da expressão monetária pelo IPC.

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:

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.

Segundo o referido dispositivo, a correção pelo IPC não se aplica aos contratos para entrega futura, cujo preço poderá ser ajustado em função do custo de produção ou da variação do índice que reflete a variação ponderada dos custos utilizados, o que, em meu pensar, constitui justamente na adoção de outros índices pelas partes que resolvem adotar que o IGPM ou o IPCA, por exemplo, irão regular a variação monetária daquele contrato.

E por variação monetária, conforme é cediço, deve-se entender a simples manutenção do valor da moeda no tempo, sendo, portanto, natural que a Recorrente e seus contratantes adotem o IGPM ou o IPCA, para melhor refletirem a atualização da moeda, pois tais índices se fundamentam em cesta de índices e levam em conta a variação real de preços aplicáveis ao dia a dia.

Ou seja, o IGPM e o IPCA objetivam manter atualizado o preço dos contratos, evitando, assim, que o valor estabelecido pelas partes, predeterminado, seja corroído pelos efeitos da inflação, medida justamente por tais índices que não passam de índices de correção monetária.

Mas não é só!

Analizando o Relatório e o Voto, até o presente patamar, não se faz necessário muito esforço de raciocínio para se concluir que a Instrução Normativa RFB n 468/2004 e 658/2006 são completamente órfãs, pois sob o argumento de buscarem suposta validade na Lei n 10.833/2003, elas acabam extrapolando o seu conteúdo, restringindo a aplicação do inciso XI, do artigo 10 do referido Diploma Legal.

Apenas a Lei poderia dispor sobre o que se considera preço predeterminado ou, conforme intentou fazer as IN's, restringir o conteúdo da norma contida no inciso XI, do artigo 10 da Lei n 10.833/2003, mas nunca uma mera Instrução Normativa que, como observado anteriormente, não encontra embasamento prévio em Lei.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1169088 / MT, julgado pela Segunda Turma, reconheceu que a cláusula de correção monetária não desnatura o preço predeterminado no contrato, conforme se verifica na seguinte 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.

1. *O provimento do recurso especial por contrariedade ao art. 535, II, do CPC pressupõe seja demonstrado, fundamentadamente, entre outros, os seguintes motivos: (a) a questão supostamente omitida foi tratada na apelação, no agravo ou nas contrarrazões a estes recursos, ou, ainda, que se cuida de matéria de ordem pública a ser examinada de ofício, a qualquer tempo, pelas instâncias ordinárias; (b) houve interposição de aclaratórios para indicar à Corte local a necessidade de sanear a omissão; (c) a tese omitida é fundamental à conclusão do julgado e, se examinada, poderia levar à sua anulação ou reforma; e (d) não há outro fundamento autônomo, suficiente para manter o acórdão. Esses requisitos são cumulativos e devem ser abordados de maneira fundamentada na petição recursal, sob pena de não se conhecer da alegativa por deficiência de fundamentação, dada a generalidade dos argumentos apresentados. Incidência da Súmula 284/STF.*
2. *Não cabe recurso especial quanto à controvérsia em torno da intimação pessoal da Fazenda, sob pena de usurpar-se competência reservada ao Supremo, nos termos do art. 102 da CF/88, já que o arresto recorrido decidiu com base em fundamentos essencialmente constitucionais.*
3. *Inadmissível recurso especial que demanda dilação probatória incompatível, nos termos da Súmula 7/STJ. No caso, a Corte de origem afirmou, expressamente, tratar-se de impetração preventiva, o que afasta o prazo decadencial de 120 dias para a impetração, premissa que não pode ser revista neste âmbito recursal.*
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

No mesmo sentido, o decidido no REsp 1089998 / RJ, sendo que a matéria, em verdade, encontra-se pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que autoriza cláusula de correção monetária a repor a inflação, não alterando a qualificação de preço predeterminado, *in verbis*:

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

- 1. Cuida-se de recurso especial interposto pelo contribuinte, questionando o poder regulamentar da Secretaria da Receita Federal, na edição da Instrução Normativa n. 468/04, que regulamentou o art. 10 da Lei n. 10.833/03.*
- 2. O art. 10, inciso XI, da Lei n. 10.833/03 determina que os contratos de prestação de serviço firmados a preço determinado antes de 31.10.2003, e com prazo superior a 1 (um) ano, permanecem sujeitos ao regime tributário da cumulatividade para a incidência da COFINS. (Grifo meu.)*
- 3. A Secretaria da Receita Federal, por meio da Instrução Normativa n. 468/04, ao definir o que é "preço predeterminado", estabeleceu que "o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação da primeira alteração de preços" e, assim, acabou por conferir, de forma reflexa, aumento das alíquotas do PIS (de 0,65% para 1,65%) e da COFINS (de 3% para 7,6%).*
- 4. Somente é possível a alteração, aumento ou fixação de alíquota tributária por meio de lei, sendo inviável a utilização de ato infralegal para este fim, sob pena de violação do princípio da legalidade tributária.*
- 5. No mesmo sentido do voto que eu proferi, o Ministério Público Federal entendeu que houve ilegalidade na regulamentação da lei pela Secretaria da Receita Federal, pois "a simples aplicação da cláusula de reajuste prevista em contrato firmado anteriormente a 31.10.2003 não configura, por si só, causa de indeterminação de preço, uma vez que não muda a natureza do valor inicialmente fixado, mas tão somente repõe, com fim na preservação do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, a desvalorização da moeda frente à inflação." (Fls. 335, grifo meu.) Mantenho o voto apresentado, no sentido de dar provimento ao recurso especial.*

Outro não tem sido o entendimento do CARF, que, conforme se verifica na ementa abaixo transcrita, decidiu que cláusula de correção monetária não descharacteriza o preço predeterminado, sendo que se tal fosse a intenção do legislador, na visão do julgado, a Lei n 10.833/2003 teria utilizado a expressão preço fixo e não predeterminado:

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

Autenticado digitalmente em 18/01/2015 por LUIZ ROGERIO SAWAYA BATISTA, Assinado digitalmente em 02/02/2015 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 18/01/2015 por LUIZ ROGERIO SAWAYA BATISTA

TA

Impresso em 13/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Ementa

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Período de apuração: 01/05/2004 a 31/05/2004 CONTRATOS. PREÇO PREDETERMINADO. ÍNDICE DE REAJUSTE. DESCARACTERIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O preço predeterminado em contrato não perde sua natureza simplesmente pela previsão de reajuste decorrente da correção monetária. Se a pretensão do legislador, a partir da Lei nº 10.833/03, fosse não abarcar os contratos com cláusula de reajuste, o termo apropriado seria preço fixo, que não se confunde com o preço predeterminado. Precedentes judiciais e administrativos.

Acórdão 3803-005.978

Dessa forma, não há como manter a autuação na forma lavrada, pois além das razões anteriormente descritas, ela contraria inclusive precedentes judiciais e administrativos do próprio CARF.

Ante o exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário para reconhecer que as cláusulas de correção monetária adotadas pela Recorrente, tais como o IGPM e o IPCA, não desnaturam a característica de preço predeterminado de seus contratos, que continuam sendo tributados pelo regime cumulativo de apuração das Contribuições ao PIS e COFINS.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luiz

Rogério

Sawaya

Batista