



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10730.730072/2013-17
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3402-009.972 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de outubro de 2022
Recorrente CIEN COMPANHIA DE INTERCONEXAO ENERGETICA
Interessado FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)**

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

REGIME CUMULATIVO. CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE BENS OU SERVIÇOS. PREÇO PREDETERMINADO. ÍNDICE QUE REFLITA A VARIAÇÃO PONDERADA DOS CUSTOS DOS INSUMOS UTILIZADOS. ÔNUS DA PROVA.

Se a Fiscalização alega que o índice de reajuste indicado nos contratos não reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados e esse fato é impeditivo ao direito creditório pleiteado pelo contribuinte/autor, deve fazer prova quanto à existência desse fato.

A Fiscalização não pode exigir do contribuinte requisito não previsto em lei, no caso, laudo técnico atestando a possibilidade de utilização do IGP-M, o que caracteriza uma conduta das autoridades fiscais de transferir o seu ônus probatório ao contribuinte, numa inversão vedada pelo ordenamento jurídico.

Não pode a Fiscalização recusar a utilização do IGP-M como índice, por não ser próprio para o setor, se tal índice setorial não existe, e muito menos sem indicar qual seria o índice correto. Tal conduta caracteriza até mesmo o cerceamento do direito de defesa do contribuinte, pois ao não indicar qual o índice que julga adequado, não permite que este se manifeste a respeito, com a apresentação de argumentos para ter optado por índice diverso.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário. Vencidos os Conselheiros Renata da Silveira Bilhim (relatora) e Pedro Sousa Bispo, que negavam provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Lázaro Antônio Souza Soares.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Renata da Silveira Bilhim – Relatora

(documento assinado digitalmente)

Lázaro Antônio Souza Soares – Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Lázaro Antônio Souza Soares, Renata da Silveira Bilhim, Carlos Frederico Schwochow de Miranda, Muller Nonato Cavalcanti Silva (suplente convocado), João José Schini Norbiato (suplente convocado), Alexandre Freitas Costa, Cynthia Elena de Campos, Pedro Sousa Bispo (Presidente). Ausente o conselheiro Jorge Luís Cabral, substituído pelo conselheiro João José Schini Norbiato.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 12.64.683, proferido pela 17ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Rio de Janeiro/RJ, que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade da contribuinte.

A decisão recorrida possui a seguinte ementa, *in verbis*:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

Preço Predeterminado. Subsistência. Até a primeira alteração.

A permanência no regime cumulativo do PIS e da Cofins, na hipótese prevista no inciso XI, artigo 10 da Lei nº 10.833/03, depende do caráter predeterminado do preço, que subsiste somente até a implementação, após 31/10/03, da primeira alteração do preço decorrente da aplicação de cláusula contratual de reajuste, salvo situações excepcionais legalmente previstas. Não sendo caso de exceção, o contrato regido com cláusula de reajuste com base no IGP-M, sucedâneo do IPC-r.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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

Ofício ANEEL. Irrelevância no domínio de norma tributária.

Ofício da Superintendência da Aneel nada interfere na aplicação das normas tributárias, seja em razão da forma inadequada adotada, seja porque carece a autoridade que o subscreve competência para alterar ou interpretar a legislação tributária, mormente quando seu conteúdo é estranho ao domínio fiscal, referindo-se apenas ao mercado de energia elétrica.

Restituição. Crédito. Objeto de outro processo. Indeferimento.

Indefere-se pedido de restituição quando todo o possível crédito alegado está sendo discutido em outro processo, pendente apenas, em sede administrativa, da decisão do CARF para encerrar o contencioso.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Por bem retratar os fatos que gravitam em torno da presente demanda, reproduzo o relatório desenvolvido pela DRJ/RJ e retratado no Acórdão recorrido, o que passo a fazer nos seguintes termos:

Trata-se de Pedido de Restituição (PER) (37053.64039.110809.1.2.048625), às fls. 02/05, no valor originário de R\$ 616.358,42, referente a suposto pagamento a maior, efetuado em 30/12/2004 a título de Cofins (código de receita 5856), relativo ao período

de apuração de setembro/2004, correspondente ao regime não cumulativo da contribuição.

A autoridade fiscal decidiu indeferir o pedido, pois entendeu inexistir o direito creditório (fl. 761), argumentando, em síntese, que:

1. nos autos do processo nº 10730.900921/2009-20, foi emitido despacho decisório eletrônico, à fl. 556, que considerou não homologada a compensação efetuada por meio da DCOMP nº 04000.70376.310106.1.3.043250, que informava como crédito o valor de R\$ 333.490,68, advindo de pagamento a maior de PIS (código de receita 8109), apurada no período de setembro/2004;
2. a manifestação de inconformidade interposta pela contribuinte foi considerada improcedente pela DRJ, mediante a prolação do Acórdão nº 12-46.933, às fls. 699/711;
3. à vista das razões de decidir expendidas no Acórdão nº 1246.933, que analisou com maestria a sujeição das receitas auferidas em setembro/2004 aos regimes cumulativo e não cumulativo, tem-se que apenas os contratos com Gerasul/Tractebel e Furnas proporcionam receitas tributáveis pelo regime cumulativo no período, totalizando o valor de R\$ 26.955.051,54;
4. as receitas obtidas com os contratos celebrados com as empresas CERJ/Ampla e Samarco, no valor de R\$ 19.790.172,93, consideradas pelo contribuinte como sujeitas ao regime cumulativo, devem migrar para o regime não cumulativo;
5. tendo em conta o comprovante de rendimento e retenção relativo ao ano calendário de 2004, apresentado pelo interessado, às fls. 41/42, tem-se que a Cofins retida na fonte em setembro/2004 equivale a $R\$ 1.103.809,35 \times 3,0/5,85 = R\$ 566.056,08$;
6. considerando ainda as demais informações estampadas no demonstrativo de apuração da Cofins elaborado pelo interessado (fl. 24), elaboramos quadro demonstrativo, no qual consta a apuração da Cofins devida em setembro/2004, em confronto com os valores pagos pelo interessado, resultando em crédito a restituir de R\$ 395.335,18.

Cientificada da decisão (fl. 778), em 26/12/2013, a contribuinte apresentou, em 22/01/2014, Manifestação de Inconformidade (fls. 780 e ss) alegando, em resumo, que:

1. O Acórdão no qual se baseou o despacho decisório ora recorrido, deixou de analisar ponto da maior relevância para o perfeito deslinde da questão, pois suficiente para, por si, reconhecer o direito creditório em questão, a ora Requerente trouxe à baila o Ofício nº 1431/2006SFF/ANEEL, no qual a ANEEL solucionou consulta formalizada pela Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica (APINE) sobre o enquadramento dos índices utilizados para reajuste do preço nos contratos de compra e venda de energia elétrica celebrados anteriormente a 31.10.2003;
2. se o § 3º do artigo 30º da IN/SRF Nº 658/2006 reconhece como predeterminado o preço sujeito a reajuste "não superior àquele correspondente ao

acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995" e a REQUERENTE esclareceu que esse enunciado foi atendido, a autoridade administrativa só poderia desconsiderar esses esclarecimentos se comprovasse a falsidade ou inexatidão desse ofício;

3. não foi produzida contraprova, nem negado ao Ofício nº 1431/2006SFF/ANEEL a força de prova técnica que lhe confere o artigo 30 do Decreto 70.235/72, ou contestado o poder conferido àquele documento pelo § 1º do artigo 79 do Decreto-lei nº 5.844/43;

4. tais argumentos, insista-se, foram simplesmente ignorados pelo acórdão no qual se baseou o despacho decisório ora recorrido, que se limitou a asseverar que a ANEEL não pode revogar, alterar ou interpretar as normas tributárias que regulam a matéria, aspectos que não se discute inclusive porque, em momento algum o Ofício nº 1431/2006SFF/ANEEL revela tais propósitos, tendo, de maneira diversa, por seu intermédio, aquela autarquia se manifestado sobre matéria técnica de sua competência legal;

5. tais omissões, além de tendenciosas, implicam ofensas ao direito de petição, ao princípio do duplo grau de jurisdição, e às garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, erigidos pela Constituição Federal como pedras angulares do sistema de direitos e garantias individuais, bem como ao próprio método de controle voluntário da legalidade dos atos administrativos, a ensejar a nulidade daquele aresto, por força do artigo 31 e do inciso II do artigo 59 do Decreto n.º 70.235/72;

6. no mérito, melhor sorte não merece o r. despacho decisório recorrido, pois as receitas auferidas pela REQUERENTE com a venda de energia no âmbito dos CONTRATOS estão inquestionavelmente sujeitas à COFINS cumulativa;

7. as remunerações devidas à REQUERENTE em decorrência dos fornecimentos de energia elétrica pactuados nos CONTRATOS enquadram-se no conceito de preço predeterminado e as previsões dos seus reajustes, ao contrário do afirmado na decisão em que se baseou o despacho decisório ora impugnado, não os descaracterizam como tal, conforme entendimento externado pela própria Secretaria da Receita Federal do Brasil;

8. o despacho decisório objeto desta manifestação de inconformidade baseou-se em acórdão proferido nos autos do Processo nº 10730.900921/2009-20, porque ambos os processos versam sobre crédito tributário de COFINS do mesmo período, tendo total identidade entre o período de apuração e o mesmo tema em análise;

9. o presente processo deve ser suspenso até o julgamento do Recurso Voluntário apresentado no processo n.º 10730.900921/2009-20 para que ambos tenham a mesma solução;

10. o CARF em análise de situação análoga, condicionou o apensamento dos processos à existência de interdependência dos processos e que o período fosse o mesmo, exatamente como ocorre no caso ora em análise.

Pede:

a) que seja, inicialmente, deferido o pedido de suspensão dos presentes autos até o julgamento do Recurso Voluntário apresentado no processo nº 10730.900921/2009-20, tendo em vista tratarem de crédito de mesma natureza e mesmo período de apuração.

b) não sendo deferido o pedido de suspensão dos autos, que seja em sua totalidade deferido o pedido de restituição efetuado por meio do PER/DCOMP n.º n.º 37053.64039.110809.1.2.048625.

c) ou, ainda que indeferido o aludido pedido de restituição, seja em razão do reconhecimento do crédito e do deferimento do pedido de compensação decorrente do PER/DCOMP n.º 04000.70376.311006.1.3.043250, tratada no processo n.º 10730.900921/2009-20 como exposto acima.

Cientificada da decisão da DRJ em 30/04/2014, conforme Termo de Ciência de fls. 863, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, na data de 28/05/2014, pugnano pelo provimento do recurso e homologação integral da compensação efetuada, com a consequente extinção do crédito tributário exigido.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Renata da Silveira Bilhim, Relatora.

1. Pressupostos legais de admissibilidade

Nos termos do relatório, verifica-se a tempestividade do Recurso Voluntário, bem como o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, resultando em seu conhecimento.

2. Mérito

Quanto ao mérito, a recorrente alega que, equivocadamente, apurou a contribuição do PIS/COFINS com incidência não cumulativa, no tocante à contratos de fornecimento de energia firmados antes de 31/10/2003, quando o correto, segundo seu entendimento, seria com incidência cumulativa, a teor do art. 10, da Lei nº 10.833/03.

Assim, realizou Declaração de Compensação Eletrônica, visando o aproveitamento de crédito de COFINS decorrente de pagamento indevido ou a maior realizado na competência de setembro/2004, no valor atualizado de R\$ 616.358,42.

A DRJ julgou improcedente a manifestação de inconformidade valendo-se das razões de decidir desenvolvidas no acórdão nº 12-46.933 (PA nº 10730.900921/2009-20), o qual analisou os mesmos contratos referentes ao mesmo período (setembro de 2004) ora discutido nestes autos, porém quanto à contribuição ao PIS. Em resumo, entendeu-se que a atualização dos preços estipulados nos contratos de fornecimento de energia pelo IGP-M desqualifica a natureza predeterminada do preço e, portanto, as receitas deles provenientes devem seguir a sistemática não cumulativa da COFINS. Ademais, ficou consignado que a ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar o mercado de energia elétrica (art. 2º, Lei nº 9.427/96), e que a expedição de atos normativos com efeitos tributários é atividade que se encontra fora do seu escopo legal, razão pela qual o Ofício nº 1431/2006 da SFF/ANEEL, que reconhecia o IGP-M como índice adequado para correção sem desqualificar a natureza predeterminada do preço, foi desconsiderado.

Quanto à análise dos contratos de energia, com relação ao PIS, restou inconteste que o regime da não-cumulatividade fora adotado corretamente no período de setembro de 2004, em relação aos contratos com a CERJ e SAMARCO, descabendo a troca para o regime cumulativo, não existindo, assim, o crédito que daí decorreria. Quanto aos contratos com FURNAS e GERASUL/TRACTEBEL, cabe a troca para o regime cumulativo, mas daí não resulta créditos de PIS, conforme fixou demonstrado naqueles autos.

Com efeito, à vista das razões de decidir expendidas no Acórdão nº 12-46.933, que analisou a sujeição das receitas auferidas em setembro/2004 aos regimes cumulativo e não-cumulativo, tem-se que apenas os contratos com Gerasul/Tractebel e Furnas proporcionam receitas tributáveis pelo regime cumulativo, no período de setembro de 2004, a título de COFINS apurada no montante de R\$ 395.335,18, o qual foi reconhecido pelo Despacho Decisório prolatado nos autos do PA nº 10730.730067/2013-12, em que se homologou parcialmente a DCOMP nº 19382.49791.110809.1.2.04-0375, de modo que não restou crédito a ser compensado nestes autos.

Em Recurso Voluntário, a Recorrente alega o seguinte:

(i) as receitas auferidas em decorrência dos contratos de energia firmados antes de 31/10/2003, na forma do art. 10, da Lei nº 10.833/03, estão sujeitos à apuração da COFINS na sistemática cumulativa;

(ii) que os índices de reajustamento de preços previstos nos contratos não foram superiores àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, conforme inciso II, do § 1º, do art. 27, da Lei nº 9.069/95, situação essa atestada pela ANEEL no Ofício nº 1431/2006-SFF/ANEEL; e

(iii) que a autoridade administrativa somente poderia desconsiderar referido Ofício da ANEEL se comprovasse a falsidade ou inexatidão, conforme art. 79, § 1º, do Decreto-Lei nº 5.844/43, e tal contraprova não foi produzida;

(iv) mesmo que se afaste a prova técnica da ANEEL, o reajuste pelo IGP-M, por si só, não tem o condão de desnaturar o caráter predeterminado do preço, já que tal índice somente preserva o poder aquisitivo da moeda na data da celebração do contrato, sem afetar a predeterminação do preço, conforme já analisado pelo CARF que já validou os contratos objeto dos autos deste processo (acórdãos nº 3402-001.888, 3402-001.887, 3402-001.889, 3402-001.890, 3402-001.891, 3402-001.892)

(v) por fim, pede a suspensão deste processo até julgamento final do PA nº 10730.900921/2009-20.

Vejamos:

O centro da controvérsia reside sobre o conceito de contrato a preço predeterminado, principalmente sobre a sua descaracterização ou não pela utilização do IGPM em contrato de energia elétrica, para fins de aplicação do regime cumulativo ou não cumulativo na incidência da COFINS.

Antes de enfrentar o mérito propriamente dito, importante trazer a base legal sobre a temática em discussão.

Nos termos do art. 10, inciso XI, alínea 'b', da Lei nº 10.833/03 c/c art. 109, da Lei nº 11.196/05, as receitas provenientes de contratos predeterminados estão sujeitas ao regime cumulativo, in verbis:

Lei nº 10.833/03

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;

Lei nº 11.196/05

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)

Tal determinação também se aplica ao PIS, conforme redação dada pela Lei nº 10.865/04:

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:

(...)

V - nos incisos VI, IX a XXVII do caput e nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei;

(...)

Pois bem, conforme dispositivos acima transcritos, para ser possível a adoção do regime cumulativo da COFINS (Lei nº 9.718/98), é necessário que sejam preenchidos os seguintes requisitos: (i) receita auferida com o fornecimento de bens e/ou serviços; (ii) o contrato tenha sido firmado antes de 31/10/03; (iii) contrato para um período superior a 1(um) ano; e (iv) o preço dos bens e/ou serviços fornecidos seja predeterminado.

É fato incontroverso que os três primeiros requisitos foram cumpridos, de modo que o ponto crucial para dirimir a controvérsia provém da definição de contrato a preço predeterminado.

Por seu turno, a IN SRF nº 648/04, vigente na época dos fatos geradores, disciplinou que a manutenção no regime cumulativo apenas persistiria até primeira alteração de preços, confira:

Art. 1º Permanecem tributadas **no regime da cumulatividade**, ainda que a pessoa jurídica esteja sujeita à incidência não-cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, as receitas por ela auferidas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003:

I - 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 do Brasil;

II - com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços; e

III - 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 assim os contratos posteriormente firmados decorrentes de propostas apresentadas em processo licitatório até aquela data.

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 nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o caráter predeterminado do preço subsiste até a eventual implementação da primeira alteração nela fundada após a data mencionada no art. 1º.

(grifou-se)

Posto isso, volta-se à celeuma: se o índice de atualização de preços pelo IGP-M caracteriza essa alteração no preço e, conseqüentemente, a partir de então, as receitas auferidas devem seguir a regra da não cumulatividade.

Como visto acima, 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.

Entendeu a Fiscalização e a DRJ que o índice do IGP-M não tem por premissa o custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, razão pela qual sua aplicação implica alteração no preço. Por outro lado, a Recorrente alega a existência do Ofício da ANEEL atestando a inalterabilidade no preço diante

da correção pelo IGP-M e, nada obstante esse ponto, tal índice refletiria a mera atualização da moeda, o que não implica alteração de preço.

Em que pese entendimento diverso já assinalado pela CSRF (o que será tratado mais adiante), entendo que o índice IGP-M, como forma de correção monetária, estipulado em contrato, em nome dos princípios de direito privado, não tem o condão de provocar a alteração direta no preço nele previsto, pelo contrário, o índice preza pela própria manutenção do valor predeterminado, atualizando o valor da moeda com o passar do tempo.

Noutras palavras, não se desqualifica a natureza predeterminada do preço com a aplicação de cláusula de reajuste de preço pelo IGP-M, mero índice escolhido para atualização monetária dos valores pactuados em contratos para fornecimento de bens e serviços, no caso energia, de modo que parece-me ilegal as orientações trazidas na IN 468/04.

Nesse exato sentido, esta Turma, em composição diferente da atual, julgou, por maioria de votos, caso semelhante ao presente, resultando no acórdão 3402-003.302, julgado em 28 de setembro de 2016, prolatado nos autos do PA nº 19515.720185/201242, da lavra do Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto, cuja ementa abaixo colaciono *in verbis*:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2010

PREÇO PREDETERMINADO. ILEGALIDADE DA IN Nº 468/2004 e 658/2006.

O preço predeterminado não se descaracteriza pela aplicação de indexador, trata-se de mera atualização monetária dos valores dos contratos, e, não torna o preço pactuado (predeterminado) para fornecimento de bens e serviços em preço indeterminado. A ilegalidade da exclusão promovida pela IN 468/04 dos contratos de fornecimento de bens e serviços, com prazo superior a 1(um) ano, celebrados antes de 31 de outubro de 2003, a preço determinado, prevista no art. 10, inc. XI alínea “b” da Lei 10.833/03.

IGPM. CORREÇÃO MONETÁRIA. CONTRATO PREDETERMINADO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO.

O reajuste de preços efetuado nas condições descritas no artigo 27 da Lei nº 9.069/95 **independentemente do índice utilizado não descaracteriza a condição de preço predeterminado do contrato e**, conseqüentemente, a sua manutenção no regime cumulativo, previsto na Lei nº 9.718/98. Não consta na legislação impedimento à utilização do IGPM.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2010

PREÇO PREDETERMINADO. ILEGALIDADE DA IN Nº 468/2004 e 658/2006.

O preço predeterminado não se descaracteriza pela aplicação de indexador, trata-se de mera atualização monetária dos valores dos contratos, e, não torna o preço pactuado (predeterminado) para fornecimento de bens e serviços em preço indeterminado. A ilegalidade da exclusão promovida pela IN 468/04 dos contratos de fornecimento de bens e serviços, com prazo superior a 1(um) ano, celebrados antes de 31 de outubro de 2003, a preço determinado, prevista no art. 10, inc. XI alínea “b” da Lei 10.833/03.

IGPM. CORREÇÃO MONETÁRIA. CONTRATO PREDETERMINADO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO.

O reajuste de preços efetuado nas condições descritas no artigo 27 da Lei nº 9.069/95 independentemente do índice utilizado não descaracteriza a condição de preço predeterminado do contrato e, conseqüentemente, a sua manutenção no regime cumulativo, previsto na Lei nº 9.718/98. Não consta na legislação impedimento à utilização do IGPM.

(grifou-se)

Inclusive, nesse sentido, esta Turma analisou o Recurso Voluntário apresentado nos autos do PA nº **10730.900913/2009-83** (cuja decisão de primeiro grau foi a matriz das razões de decidir do acórdão ora combatido), resultando no **acórdão nº 3302-002.604**, julgado em 28 de maio de 2014, de relatoria do Conselheiro Gileno Gurjão Barreto, conforme ementa abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Data do fato gerador: 15/12/2004

PIS. COFINS. CONTRATO DE PREÇO PREDETERMINADO. APLICAÇÃO DO IGPM. REGIME DE INCIDÊNCIA NÃO CUMULATIVA.

O reajuste pelo IGPM não reflete o custo de produção nem a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados e, por conseguinte, descaracteriza o contrato reajustado por esse índice como de preço predeterminado, condição sine qua non para manter as receitas decorrentes desse tipo de contrato no regime de incidência cumulativa do PIS e da Cofins.

A utilização do IGPM, não descaracteriza o contrato como de preço predeterminado somente se ficar comprovado que a utilização do índice resultou em correção menor ou igual ao custo de produção ou à variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

Recurso Especial do Procurador Provido.

(grifou-se)

Desta decisão, no entanto, **a Fazenda Nacional recorreu e a CSRF**, em 7 de dezembro de 2016, por voto de qualidade, deu provimento ao Recurso Especial da Fazenda, no **acórdão nº 9303-004.458**, de relatoria do Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas, o qual restou assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Data do fato gerador: 13/12/2004

PIS. COFINS. CONTRATO DE PREÇO PREDETERMINADO. APLICAÇÃO DO IGPM. REGIME DE INCIDÊNCIA NÃO CUMULATIVA.

O reajuste pelo IGPM não reflete o custo de produção nem a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados e, por conseguinte, descaracteriza o contrato reajustado por esse índice como de preço predeterminado, condição sine qua non para manter as receitas decorrentes desse tipo de contrato no regime de incidência cumulativa do PIS e da Cofins.

A utilização do IGPM, não descaracteriza o contrato como de preço predeterminado somente se ficar comprovado que a utilização do índice resultou em correção menor ou igual ao custo de produção ou à variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

Recurso Especial do Procurador Provido.

(grifou-se)

Nessa toada, é de se notar a necessidade de se observar referida decisão da CSRF, tendo em vista que o CPC, de aplicação subsidiária ao processo administrativo (art. 15), reza que em seu art. 926 que “*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”.

Desta forma, transcrevo abaixo as razões do voto vencedor no acórdão nº 9303-004.452 (paradigma), que pela sistemática dos recursos repetitivos, foi reproduzido no bojo do acórdão nº 9303-004.458, **as quais adoto como razões de decidir**, nos termos do art. 50, §1º, da Lei n. 9.784/99. *In verbis*:

Voto Vencedor

"Com todo respeito ao voto da ilustre relatora, peço licença para discordar de suas conclusões.

Passo à discussão da matéria, em relação a qual foi comprovada e demonstrada a divergência de interpretação da norma tributária, que se resume à questão sobre a descaracterização de preço predeterminado pela utilização do IGPM em contrato de energia elétrica, para fins de aplicação do regime cumulativo ou não cumulativo na incidência da Contribuição para o PIS/Pasep.

Precedentes recentes da CSRF

Observo que fui redator do voto vencedor do Acórdão de número 3301002.196, de 25/02/2014, processo nº 16349.720019/201136, que possui a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Ano calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

COFINS. APURAÇÃO NÃO CUMULATIVA. CONTRATOS DE LONGO PRAZO. FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS. IGPM. PREÇO PREDETERMINADO. CARACTERIZAÇÃO.

A utilização do IGPM como índice de atualização implica em descaracterizar o contrato como sendo de preço predeterminado. Disposição expressa do art. 109 da Lei nº 11.196/2005, pois o IGPM não é índice que reflete a variação dos custos de produção. Não sendo o contrato de preço predeterminado aplica-se a apuração não cumulativa da Cofins.

(...)

Este acórdão foi objeto de recurso especial da contribuinte, que foi provido em julgamento realizado em 24/2/2016. Eis a ementa do Acórdão nº 9303003.470, por meio do qual se reformou referida decisão:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social Cofins

Ano calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

CLÁUSULA DE REAJUSTE. PREÇO PREDETERMINADO. REGIME DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA.

As receitas originárias de contratos de fornecimento de serviços firmados até 31/10/2003 submetem-se à incidência cumulativa, desde que observados os termos e condições consolidados pela IN SRF 658/06.

A mesma conclusão se estende à Contribuição ao PIS."

Apesar dessa decisão ter sido reformada, a razão que levou esta 3ª Turma da CSRF a proceder à reforma não se encontra presente nos autos de que ora se cuida.

Naquele processo, relatado pelo então Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho, encontrava-se Laudo Técnico que comprovava que o índice de atualização monetária, naquele caso, fora inferior ao aumento de custos.

Na ocasião, foram utilizadas como razões de decidir as que constaram do voto de outro Acórdão desta Turma, o de número 9303-003.373 (PAF 19515.722154/2011-45), de 11/12/2015, relatado pelo Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, cuja ementa ficou assim redigida:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

CONHECIMENTO. COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

Para comprovação da divergência jurisprudencial, o recorrente deve demonstrar que outro colegiado do CARF tenha julgado situação análoga à versada no acórdão vergastado e tenha decidido a questão de forma distinta da que decidiu o colegiado recorrido, o que é o caso sob exame.

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social Cofins

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

REGIME DE INCIDÊNCIA NÃO CUMULATIVA. REQUISITOS.

O reajuste pelo IGPM não reflete o custo de produção nem a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados e, por conseguinte, descaracteriza o contrato reajustado por esse índice como sendo de preço predeterminado, condição sine qua non para manter as receitas decorrentes desse tipo de contrato no regime de incidência cumulativa do PIS e da Cofins.

(...)

No Acórdão nº 9303003.373 ficou claro que o IGPM não poderia ser aceito como índice da variação do custo da produção da energia elétrica ou do custo dos insumos empregados nessa produção.

Para assim concluir, o Colegiado tratou do conceito de "preço predeterminado", reconhecendo especial importância às instruções normativas, notas técnicas e pareceres da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN, em detrimento de notas técnicas e resoluções da Agência Nacional de Energia Elétrica ANEEL, pois, a esta compete a regulação de questões inerentes à geração e à distribuição de energia elétrica e às atividades correlatas, enquanto que à RFB e à PGFN compete o pronunciamento sobre questões tributárias.

Naquele Acórdão, reconheceu-se que a interpretação dada pela Administração Tributária, em especial por meio da Instrução Normativa SRF nº 658, de 2006, estava de acordo com as leis: art. 27, §1º, II, da Lei nº 9.069, de 1995; art. 10 da Lei nº 10.833, de 2003, art. 109 da Lei nº 11.196, de 2005.

Rendo-me às conclusões do Ilustre Conselheiro Gílson, no voto proferido no Acórdão nº 9303-003470, quando o colegiado decidiu por acatar o recurso especial do contribuinte, no sentido de que apesar de o IGPM não representar a variação dos custos de produção da energia elétrica, estando comprovado nos autos que sua utilização resultou em reajuste inferior à variação desses custos, penso que não há razão para retirar do contrato a característica de "predeterminado" que exige a Lei para permanência do contribuinte no regime cumulativo. Nesse sentido transcrevo o seguinte trecho do citado acórdão:

(...)

Por derradeiro, gostaria de pontuar que não vejo problemas na utilização de índices propostos em contrato, como por exemplo o IGPM, para correção do preço. Contudo, se o contribuinte optasse por se manter no regime cumulativo, caberia a demonstração de que a correção pelo índice eleito levaria a um resultado igual ou menor do que o resultado do reajuste de preços em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

(...)

Porém, ao contrário daquele, no presente processo, a contribuinte não provou que o resultado da correção pelo IGPM seria igual ou menor do que obtido pelo reajuste de preços em função do custo de produção ou da variação de índice que refletisse a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

À luz do que determina o art. 333 do Código de Processo Civil, caberia à contribuinte, e não ao Fisco, esta prova, pois é ela que está a alegar um direito, ainda mais quando se está diante de pedido de restituição e compensação, para o qual se exige a certeza e liquidez do crédito pleiteado, conforme arts. 165 e 170 do CTN.

Na linha dos precedentes mais recentes desta Câmara Superior, não vejo razões para mudar meu entendimento, expresso no voto vencedor do Acórdão nº 3301-002.196, que repito a seguir:

“O voto de nosso eminente Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, na análise de mérito, foi direto ao único assunto controverso que é se a utilização do IGPM, como índice de correção dos contratos firmados pela recorrente, descaracteriza ou não estes contratos como de preços predeterminados. A sua conclusão é que a “utilização do IGPM ou de qualquer índice, como IGPM, INPC, INCC, não retira do contrato a natureza de “preço predeterminado”, vez que esses índices expressam tão somente a variação do padrão monetário nacional, medida essa indispensável para a garantia do equilíbrio contratual”.

Com todo respeito ao ilustre relator, ousa discordar de sua conclusão. Inicialmente vejamos o que dispõe o inc. XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003:

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:

(...);

b) com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços;

Ou seja, da letra clara da lei, somente poderia continuar no regime de apuração cumulativa os contratos que fossem firmados em data anterior a 31/10/2003 e que respeitasse as condições cumulativas constantes da alínea “b”, acima transcrita.

No caso dos presentes autos a única controvérsia é se a aplicação do IGPM descaracterizaria a condição de terem sido firmados a preço predeterminado.

Oportuno ressaltar que todas as conclusões a serem aqui estabelecidas abrangem também o PIS por força do disposto no art. 15 deste mesmo diploma legal.

Posteriormente, como bem alinhavado pelo relator e pela recorrente, foi editado o art. 109 da Lei nº 11.196/2005, que assim dispôs:

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.

O dispositivo legal deixou claro que a utilização de reajuste de preços em função do custo de produção, ou de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, não descaracteriza o preço predeterminado de que trata a alínea “b” do inciso XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003.

Observe-se aqui que o dispositivo legal não fez referência a qualquer índice que reflita a variação do padrão monetário nacional como concluiu o relator e como pretende a recorrente. Poderia tê-lo feito mas não o fez. Deixou expressamente detalhado que o índice utilizado, para não descaracterizar o preço predeterminado, teria que ser em função do custo de produção ou que refletisse a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

O IGPM, como informado pela própria recorrente em sua manifestação de inconformidade e no seu recurso voluntário, não tem esta característica. Transcrevo abaixo o item 53 da Manifestação de Inconformidade e 59 do Recurso Voluntário:

“Nesse sentido, vale destacar que o IGPM é meramente um índice de correção monetária. Trata-se de uma das versões do Índice Geral de Preços (IGP). É medido pela FGV e registra a inflação de preços desde matérias primas agrícolas e industriais até bens e serviços finais.”

Por oportuno transcrevo abaixo trecho da Nota Técnica Cosit nº 01/2007, a qual utilizo como razão de decidir, pois concordo com as suas conclusões:

27. A fim de esclarecer qualquer dúvida, faz-se necessário distinguir “índices de preços setoriais” de “índices de custos setoriais”. Índice de preços setoriais reflete a inflação a que foi submetido um determinado setor. Já índice de custos setoriais, como o próprio nome indica, reflete os custos envolvidos na atividade de um dado setor.

29. Segundo informações constantes do sítio da FGV na internet (www.fgv.br), o IGPM, principiou a ser calculado a partir de junho de 1989, por solicitação de

um grupo de entidades de classe do setor financeiro, liderado pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras, em decorrência das constantes mudanças ocorridas nos indicadores da correção monetária e da inflação oficial. Esse índice origina-se da média ponderada do Índice de Preços por Atacado (IPAM; 60%), do Índice de Preços ao Consumidor (IPCM; 30%) e do Índice Nacional de Custos da Construção (INCCM; 10%).

30. É desnecessário apresentar maiores detalhes acerca das características do IGPM para verificar que este não se trata de “índice que reflita a variação dos custos de produção” e nem de “índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados” – a sua própria denominação e a dos índices que o compõem é suficientemente elucidativa.'

Em resumo, o Acórdão recorrido bem como o voto da ilustre relatora, fundamentam-se no entendimento de que o conceito de "preço determinado" não exclui a possibilidade de o preço ser reajustado com base em outros índices que não os admitidos pelo art. 109 da Lei nº 11.196, de 2005, em especial pelo IGPM.

Entendo que nenhum dos fundamentos lançados no voto condutor do acórdão recorrido bem como no voto da ilustre relatora, afastam o entendimento exposto na seção precedente.

Nestes autos e em outros que cuidam do mesmo assunto, tem-se reconhecido que não há um conceito técnico e determinado do que seja "preço predeterminado".

Por causa disto, procura-se elucidar este conceito, às vezes recorrendo a atos, normativos ou não, expedidos por agências reguladoras das atividades desempenhadas pelas contribuintes, às vezes a pareceres expedidos por órgãos incumbidos de tratar de processos de licitação e de contratos celebrados com a Administração Pública, às vezes, recorrendo aos atos expedidos pela RFB e pela PGFN.

Por estarmos diante de questão tributária, os atos emanados dos órgãos competentes para tratar desta matéria devem ser os guias para a elucidação que se pretende.

Resoluções ou notas técnicas da ANEEL ou mesmo pareceres e orientações normativas da AGU que tratem de preços contratados e das variações de preços admitidas na formalização dos contratos com a Administração Pública não têm primazia sobre as normas tributárias emanadas da RFB e da PGFN, órgãos competentes para tratar de matérias tributárias.

Não obstante isto, para a solução da divergência jurisprudencial que se apresenta, não é necessário grande esforço hermenêutico.

Não é necessário encontrar ou construir uma definição para a expressão "preço predeterminado", pois para se decidir se o reajuste com base no IGPM descaracteriza a condição do preço predeterminado, **basta que se analise com cuidado os dispositivos legais em discussão.**

A interpretação da norma legal, disposta no art. 10, inc. XI, "b", da Lei nº 10.833, de 2003, e no art. 109 da Lei nº 11.196, de 2005, combinada com o art. 27, §1º, II, da Lei nº 9.069, de 1995, é suficiente para assentar que se enquadram no conceito de "preço predeterminado", para os fins de incidência da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep, nos casos de contratos pelos quais a empresa se obriga a vender bens para entrega futura, prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, as situações em que o reajuste de preço seja em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos insumos utilizados.

Admitindo-se que a lei não contém palavras inúteis, a existência do art. 109 da Lei nº 11.196, de 2005, só se justifica se, sem ele, o conceito de "preço predeterminado"

ficasse descaracterizado pelo reajuste de preços baseado no custo de produção ou na variação que refletisse a variação ponderada dos insumos utilizados.

Esta variação é a mais razoável a se considerar como capaz de retratar a variação efetiva do custo do objeto contratual: é a que mais se aproxima de um índice setorial ou específico.

Apesar disto, destaque-se, apesar de ser a variação mais próxima de um índice setorial ou específico para os casos de contratos pelos quais a empresa se obriga a vender bens para entrega futura, prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, foi necessária uma disposição legal específica para que este caso não descaracterizasse o "preço predeterminado".

Diante disto, não se pode admitir que outro índice de reajuste de preços qualquer, que não guarde esta proximidade com o índice setorial ou específico, não descaracterize o "preço predeterminado", sem que haja disposição legal específica neste sentido.

Assim, a Instrução Normativa SRF nº 650, de 2006, a Nota Técnica Cosit nº 1, de 2007, e o Parecer PGFN/CAT nº 1.610, de 2007, limitaram-se a regular o que já estava previsto em lei. Não houve modificação do conceito de "preço predeterminado" por estes atos infra legais.

Conforme afirmamos acima o IGPM não reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados pela contribuinte, nem expressa a variação específica dos custos de sua produção. A este respeito, vejamos os seguintes excertos do voto vencedor do Acórdão nº 9303003.373, já citado acima, que aprovo e adoto neste voto:

'Para que não pare qualquer dúvida de que o IGPM não reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados pelas distribuidoras de energia, basta analisar o grupo de produtos que compõem cada um dos índices integrantes do IGPM.

Nesse índice, entram, além de outros componentes, os preços de legumes e frutas, bebidas e fumo, remédios, embalagens, aluguel, condomínio, empregada doméstica, transportes, educação, leitura e recreação, vestuário e despesas diversas (cartório, loteria, correio, mensalidade de Internet e cigarro, entre outros).

Como dito anteriormente, o IGPM é composto de 3 índices, o IPAM, o IPCM e o INCCM.

O Índice de Preços ao Produtor Amplo (IPAM), que responde por 60% do IGPM, é sistematizado segundo a origem dos produtos agropecuários e industriais e segundo o estágio de processamento bens finais, bens intermediários e matérias primas brutas. No total, são pesquisados 340 produtos, distribuídos em grupos.

Veja, a seguir, a estrutura desse índice.

(...)

De acordo com a metodologia de cálculo da FGV para esse índice, os produtos de origem agropecuários representam 28,9738% do IPAM e os de origem industrial os outros 71,0262%, sendo que os subitens relativos às máquinas, aparelhos e materiais elétricos correspondem a minguados 1,7674% do IPAM.

Partindo-se da premissa que outros subitens da indústria possam ser utilizados como insumos do setor elétrico eliminando os do setor alimentício, fumo, bebidas, agropecuário, eletrodoméstico, celulose, etc., que não são aplicáveis ao

setor de distribuição de energia elétrica vê-se que a participação dos insumos do setor elétrico no IPAM é insignificante, muito insignificante.

Já em relação ao IPCM, nenhum item está diretamente relacionado a insumos utilizados pelo setor de distribuição de energia elétrica, haja vista que os produtos que compõem esse índice, é específico para o consumo das famílias.

A seu turno, o INCC, por óbvio, não reflete os custos do insumo do setor elétrico, haja vista que é específico para medir a variação do setor da construção civil.

Ora, mergulhando-se na metodologia de cálculo do IGPM e analisando os produtos que o integra, conclui-se, sem a menor dúvida, que esse índice nem de longe reflete de forma específica a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados pela contribuinte, tampouco expressa a variação específica dos custos de sua produção.'

Quanto ao ato jurídico perfeito, protegido pela Constituição Federal de 1988, este não foi violado, uma vez que o art. 109 da Lei nº 11.196 de 2005, resguarda a possibilidade de reajuste do preço contratado, sem que isto descaracterize o preço predeterminado. E o faz, definindo o limite da variação de preço aceitável, que deve guardar correspondência com os custos dos insumos e da produção.

Por outro lado, a proteção ao ato jurídico perfeito não assegura à contribuinte um direito a não ser tributada, de modo a permitir-lhe que não sofra incidência tributária regularmente instituída por lei, em obediência às regras de competência e de vigência e às limitações para imposição tributária, previstas constitucionalmente.

Conclusão.

Por todo exposto, em especial, por entender que o reajuste pelo IGPM não reflete o custo de produção nem a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados e, por conseguinte, descaracteriza o contrato reajustado por esse índice como de preço predeterminado; que a contribuinte não comprovou que o resultado da variação pelo IGPM foi igual ou inferior ao resultado da variação em função do custo de produção ou da variação ponderada dos custos dos insumos utilizados; que o ônus da prova recai sobre quem alega um direito, por aplicação do art. 333 do CPC; concluo que no presente caso a Contribuição para o PIS/Pasep deve incidir no regime não cumulativo, motivo pelo qual voto por dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional. O que foi decidido aqui tem validade também para os processos da Cofins, com os mesmos fundamentos.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional."

A CSRF, interpretando o art. 109, da Lei nº 11.196/2005, c/c art. 27, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.069/1995, **entendeu que que a cláusula de reajuste pelo IGP-M**, prevista nos contratos de energia, **não reflete** o custo de produção nem a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, razão porque ocorreu a desnaturação de contrato a preço predeterminado, e, portanto, as receitas auferidas devem seguir a sistemática não cumulativa da COFINS.

Noutro giro, a CSRF destacou que, caso o Contribuinte demonstrasse que o índice de reajuste eleito (no caso, o IGP-M) **gerasse um resultado igual ou menor** do que o resultado do reajuste de preços em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a condição de preço predeterminado se manteria e a tributação seguiria obedecendo a sistemática cumulativa.

Trata-se, agora, de uma questão de ônus da prova.

A Recorrente alega que os índices de reajustamento de preços previstos nos contratos **não foram superiores** àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, conforme inciso II, do § 1º, do art. 27, da Lei nº 9.069/95, **situação essa atestada pela ANEEL no Ofício nº 1431/2006-SFF/ANEEL.**

Acrescenta que a autoridade administrativa somente poderia desconsiderar referido Ofício da ANEEL se comprovasse a falsidade ou inexatidão, conforme art. 79, § 1º, do Decreto-Lei nº 5.844/43, e tal contraprova não foi produzida.

Nesse diapasão, importante registrar que a Recorrente figura como titular da pretensão na Declaração de compensação e, como tal, possui o **ônus de prova** quanto ao **fato constitutivo de seu direito**, conforme determinam os art. 36, da Lei nº 9.784/99 e o art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil.

Com efeito, não assiste razão ao Contribuinte ao atribuir à Fiscalização o ônus de fazer a contraprova de que o índice de reajuste escolhido no contrato não reflete o custo de produção nem a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados. Tal dever é do Contribuinte e não do Fisco.

Advirto, na linha do que foi decidido pela CSRF, que o Ofício da ANEEL, por si só, não faz a prova pretendida, uma vez que o órgão federal está habilitado a regular e fiscalizar o mercado de energia elétrica, sendo-lhe vedado adentrar por via oblíqua no domínio da tributação.

A Recorrente é quem deveria apresentar laudo técnico pormenorizado evidenciando que o índice de reajuste previsto em contrato privado atenderia ao disposto no art. 109, da Lei nº 11.196/2005, c/c art. 27, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.069/1995, a semelhança do que ficou constatado no acórdão nº 3402.006.290, da lavra da Conselheira Thais de Laurentiis Galkowicz, em que o Contribuinte apresentou laudo técnico de auditoria independente em que ficou minuciosamente demonstrada a evolução dos custos do Contribuinte a manter a condição de preço predeterminado e a sistemática cumulativa da COFINS, situação essa não observada nestes autos.

Portanto, a Recorrente não se desincumbiu de seu ônus probatório, devendo ser mantida a decisão de piso.

4. Dispositivo

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Renata da Silveira Bilhim

Fl. 19 do Acórdão n.º 3402-009.972 - 3ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10730.730072/2013-17

Voto Vencedor

Conselheiro Lázaro Antônio Souza Soares, Redator designado.

Com as vênias de estilo, em que pese o, como de costume, muito bem fundamentado voto da Conselheira Relatora Renata da Silveira Bilhim, ousou dela discordar quanto à decisão de que “*a Recorrente não se desincumbiu de seu ônus probatório, devendo ser mantida a decisão de piso*” e a consequente negativa de provimento ao Recurso Voluntário. Explico.

Inicialmente, faz-se necessário verificar o que determina a legislação de regência da matéria, art. 10, inciso XI, alínea “b” da Lei nº 10.833, de 29/12/2003, c/c o art. 109 da Lei nº 11.196, de 21/11/2005:

Lei nº 10.833/2003

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;

Lei nº 11.196/2005

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.

O art. 27, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.069/95 (que dispõe sobre o Plano Real e o Sistema Monetário Nacional), por sua vez, estabelece a seguinte regra:

CAPÍTULO IV

Da Correção Monetária

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 reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados;

III - às hipóteses tratadas em lei especial.

§ 2º Considerar-se-á de nenhum efeito a estipulação, a partir de 1º de julho de 1994, de correção monetária em desacordo com o estabelecido neste artigo.

§ 3º Nos contratos celebrados ou convertidos em URV, em que haja cláusula de correção monetária por índice de preços ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, o cálculo desses índices, para efeitos de reajuste, deverá ser nesta moeda até a emissão do REAL e, daí em diante, em REAL, observado o art. 38 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994.

§ 4º A correção monetária dos contratos convertidos na forma do art. 21 desta Lei será apurada somente a partir do primeiro aniversário da obrigação, posterior à sua conversão em REAIS.

§ 5º A Taxa Referencial - TR somente poderá ser utilizada nas operações realizadas nos mercados financeiros, de valores mobiliários, de seguros, de previdência privada, de capitalização e de futuros.

§ 6º Continua aplicável aos débitos trabalhistas o disposto no art. 39 da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991.

Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

§ 1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano.

Como se depreende do art. 109 da Lei nº 11.196/2005, o reajuste de preços não descaracterizará o chamado “preço predeterminado”, desde que seja efetuado em função (i) do custo de produção **ou** (ii) da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados. Resta claro, portanto, que o legislador abriu 2 possibilidades de reajuste: a primeira através da apuração do custo da produção e de sua variação e a segunda de forma bem mais simples, através da adoção de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos.

O primeiro método implicaria em cálculos constantes (anualmente) para verificar qual o percentual de variação do custo de produção do fornecedor. De imediato visualiza-se os problemas que poderiam advir para os contratantes da adoção desta opção, como a realização de cálculos conjuntos pelas partes, sendo que apenas o fornecedor detém os documentos necessários para realizar tal apuração, que poderia ser contestada pelo adquirente dos bens/serviços. O fornecedor, por outro lado, pode não ter interesse em abrir toda a sua contabilidade para conferência pelo adquirente. A contratação de parecer independente, por empresa de auditoria, demandaria tempo e implicaria em custos elevados.

Obviamente, a solução mais prática, e adotada em todos os casos já analisados por este Conselho, é escolher o 2º método previsto na lei, com o reajuste contratual sendo estipulado

em função de um índice também predeterminado, que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos (como determinado pela lei), e divulgado por instituição independente (como o IBGE, BACEN, FGV, agência reguladora, etc) que realiza os cálculos e os divulga para toda a sociedade com regularidade, sendo desnecessário efetuar qualquer gasto para tanto. Assim, procedendo, seria possível alcançar um equilíbrio contratual, garantindo que nenhuma das partes possa influenciar no índice de reajuste.

Ocorre que, no caso específico ora em julgamento, não existe um índice setorial específico, como no caso do segmento da construção civil, para o qual existe o INCC (Índice Nacional de Custo da Construção). Prevendo a necessidade de estabelecer qual seria o índice a ser utilizado, o art. 109, *caput*, da Lei nº 11.196/2005, ao tratar da opção de reajuste de preço em função da variação de índice, determina que este seja realizado “*nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995*”.

Este dispositivo legal, já transcrito alhures, estabelece, em seu *caput*, que a correção monetária, em virtude da estipulação de negócio jurídico, **somente poderá dar-se** pela variação acumulada do IPC-r (Índice de Preços ao Consumidor, Série r). transcrevo mais uma vez o dispositivo citado:

CAPÍTULO IV

Da Correção Monetária

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.

Porém, logo em seguida, em seu parágrafo 1º, o legislador introduziu uma exceção a esta regra:

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às operações e contratos de que tratam o Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e o art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994;

II - aos contratos pelos quais a empresa se obrigue a vender bens para entrega futura, prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, cujo preço poderá ser reajustado em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados;

O art. 109, *caput*, da Lei nº 11.196/2005, ao determinar que o reajuste de preço em função da variação de índice deve ser realizado nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069/95, estabelece que, nos contratos que especifica, o IPC-r pode ser utilizado, mas não de forma obrigatória, podendo ser adotado outro índice.

O IPC-r foi um índice criado pela Lei nº 8.880, de 27/05/1994, que **refletia a variação mensal do custo de vida em Real para uma população objeto composta por famílias com renda até oito salários mínimos**, nos termos do art. 17:

Art. 17 - A partir da primeira emissão do Real, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE calculará e divulgará, até o último dia útil de cada mês, **o Índice de Preços ao Consumidor, série r - IPC-r, que refletirá a variação mensal do custo de**

vida em Real para uma população objeto composta por famílias com renda até oito salários mínimos.

§ 1º - O Ministério da Fazenda e a Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação da Presidência da República regulamentarão o disposto neste artigo, observado que a abrangência geográfica do IPC-r não seja menor que a dos índices atualmente calculados pelo IBGE, e que o período de coleta seja compatível com a divulgação no prazo estabelecido no caput.

§ 2º - **Interrompida a apuração ou divulgação do IPC-r, caberá ao Ministro de Estado da Fazenda fixá-lo com base nos indicadores disponíveis, observada precedência em relação àqueles apurados por instituições oficiais de pesquisa.** (Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, o Ministro da Fazenda divulgará a metodologia adotada para a determinação do IPC-r. (Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)

A interrupção prevista no § 2º acima foi efetivada pelo art. 8º da Lei nº 10.192, de 14/02/2001 (resultado da conversão da MP nº 1.540-27, de 07/08/1997, e reedições):

Art. 8º A partir de 1º de julho de 1995, a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE deixará de calcular e divulgar o IPC-r.

§ 1º Nas obrigações e contratos em que haja estipulação de reajuste pelo IPC-r, este será substituído, a partir de 1º de julho de 1995, pelo índice previsto contratualmente para este fim.

§ 2º **Na hipótese de não existir previsão de índice de preços substituto, e caso não haja acordo entre as partes, deverá ser utilizada média de índices de preços de abrangência nacional,** na forma de regulamentação a ser baixada pelo Poder Executivo.

Conforme consta de publicação oficial da FGV e do IBRE, disponível em <https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2020-03/metodologia-igp-m-jul-2019.pdf>, com acesso em 21/10/2021, com o contrato de prestação de serviços celebrado entre a Confederação Nacional das Instituições Financeiras (CNF) e a Fundação Getúlio Vargas (FGV), em maio de 1989, o Instituto Brasileiro de Economia (IBRE) passou a calcular o Índice Geral de Preços - Mercado (IGP-M).

O IGP-M tem como base metodológica a estrutura do Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna (IGP-DI), resultando da média ponderada de três índices de preços: o Índice de Preços ao Produtor Amplo (IPA-M), o Índice de Preços ao Consumidor (IPC-M) e o Índice Nacional de Custo da Construção (INCC-M).

À semelhança do IGP-DI, a escolha desses três componentes do IGP-M tem origem no fato de refletirem adequadamente a evolução de preços de atividades produtivas passíveis de serem sistematicamente pesquisadas (operações de comercialização em nível de produtor, no varejo e na construção civil). Quanto à adoção dos pesos convencionados, cujos valores representam a importância relativa de cada um desses índices no cômputo da despesa interna bruta, justifica-se do seguinte modo:

a) os 60% representados pelo IPA-M equivalem ao valor adicionado pela produção de bens agropecuários e industriais, nas transações comerciais em nível de produtor;

- b) os 30% de participação do IPC-M equivalem ao valor adicionado pelo setor varejista e pelos serviços destinados ao consumo das famílias;
- c) quanto aos 10% complementares, representados pelo INCC-M, equivalem ao valor adicionado pela indústria da construção civil.

O IGP-M difere do IGP-DI nos seguintes aspectos:

- a) Para efeito de coleta de preços, adota-se o período compreendido entre o dia 21 do mês anterior ao de referência e o dia 20 do mês de referência;
- b) A cada mês de referência apura-se o índice três vezes, em intervalos de dez dias, denominados decêndios;
- c) Os resultados das duas primeiras apurações prévias serão considerados valores parciais e o último será o resultado definitivo do mês.
- d) Os períodos de coleta das três apurações são cumulativos, totalizando 10, 20 e 30 dias, respectivamente.

Considerando o panorama legislativo descrito, verifico que a utilização do IGP-M como índice para o reajuste de preços de que trata o art. 109 da Lei nº 11.196/2005 possui embasamento legal e não descaracteriza o “preço predeterminado” de que trata o art. 10, inciso XI, alínea “b” da Lei nº 10.833/2003.

A afirmação de que o IGP-M não reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados deve ser analisada com temperamentos; afinal, a Fazenda Nacional não apresentou nenhum índice que satisfizesse a este critério com exatidão, o que demonstraria, sem dúvidas, o equívoco do contribuinte.

Na inexistência de tal índice, a legislação admite que outros, à semelhança do extinto IPC-r, possam ser utilizados, ao excluir contratos da natureza dos que aqui se discute da obrigatoriedade de utilizá-lo, sem, entretanto, vedar sua utilização.

Situação diferente seria aquela dos contratos cuja natureza fosse vinculada à construção civil, segmento para o qual existe índice específico, o INCC, e que deve ser obrigatoriamente utilizado como índice de reajuste contratual. O mesmo em relação a contratos de serviços de transporte, outro segmento para o qual existe índice específico, o Índice Nacional do Custo de Transporte de Carga (INCT), produzido pelo departamento de economia da NTC&Logística, o Decope.

O princípio da razoabilidade também impede que índices claramente desvinculados da variação ponderada dos custos dos insumos utilizados no contrato sob análise sejam utilizados. Assim, a utilização da SELIC, ou do Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, que mede as variações de preços da cesta de consumo das famílias com rendimentos de 1 a 5 salários mínimos, não seria aceitável. A SELIC traz embutida não apenas a correção monetária, mas também juros de mora. O INPC, por sua vez, é extremamente sensível ao aumento de itens como alimentos, transporte público, gás de cozinha, etc, que não possuem qualquer relação com insumos utilizados na geração de energia elétrica.

Os precedentes da Câmara Superior de Recursos Fiscais, trazidos pelo Relator, admitem a utilização do IGP-M, porém a condicionam à comprovação de que este índice

efetivamente reflita a variação ponderada dos custos dos insumos. O Acórdão nº 9303-008.501, de 17/04/2019, julgou a matéria nos seguintes termos:

A referência acima é colocada para fins de esclarecimento da questão em litígio e dos fundamentos já esposados por esse colegiado em sua apreciação, que já são suficientes para concluir pela negativa de provimento ao Recurso Especial.

Entretanto, a seguir coloco meu entendimento que, em que pese, no caso, convergir com a decisão acima reproduzida, é mais restritivo ainda.

Com efeito, **mesmo que houvesse, nos autos, prova de que, no caso concreto, a variação efetiva do IGPM (índice utilizado no contrato) tivesse sido inferior àquela decorrente da aplicação do Índice próprio setorial, ainda assim, entendendo que estaria descaracterizada a natureza de preço predeterminado** para o contrato, devendo aos correspondentes valores recebidos ser aplicada a tributação consoante a sistemática não cumulativa das contribuições.

Isso, porque, na verdade, qualquer índice pode ter variação inferior ou superior àquela esperada. Assim, o contribuinte, ao utilizar um índice diverso daquele próprio do setor, decidiu correr o risco de ocorrer uma variação maior ou menor. Ora, o simples fato de essa variação não ter beneficiado o contribuinte, não quer dizer que ela não seja uma variação. Em outras palavras, **basta o contribuinte estar sujeito a resultados diversos daqueles decorrentes do uso do índice próprio setorial, para que o contrato seja descaracterizado como contrato a preço predeterminado.**

O Colegiado, contudo, apesar de negar a utilização de qualquer índice que não seja aquele específico para o setor, não indica qual seria esse índice. **Na verdade, não o faz simplesmente porque tal “índice próprio setorial” não existe.** Ou seja, segundo o entendimento do Colegiado, a regra do art. 10, inciso XI, alínea “b” da Lei nº 10.833/2003 somente poderá ser utilizada caso seja criado **um índice específico para cada setor existente na economia** (observe-se que a regra vale para **qualquer** contrato de fornecimento de bens ou serviços), ou caso cada contribuinte efetue a sua própria apuração da variação do custo de produção, valendo-se da 1ª opção indicada no *caput* do art. 109 da Lei nº 11.196/2005.

O § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069/95 deixa claro que não se aplica, nas hipóteses dos incisos I e II, **a obrigatoriedade** de usar como índice de correção monetária **somente** o IPC-r. Se este dispositivo quisesse vedar a utilização do IPC-r, diria **“§ 1º O IPC-r não se aplica:”**, e não **“§ 1º O disposto neste artigo não se aplica:”**.

Repito, o *caput* do art. 109 da Lei nº 11.196/2005, ao destacar “*nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069/1995*”, está dispensando a obrigatoriedade de utilizar somente o IPC-r como índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos, sem vedar sua utilização, apenas possibilitando que outros índices de correção monetária sejam escolhidos pelos contratantes sem descaracterizar o “preço predeterminado”.

Observe-se que desde a Lei nº 9.069/95 (portanto bem antes da Lei nº 11.196/2005) o legislador já utilizava a redação “*índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados*” dentro de um capítulo denominado “Da Correção Monetária”, quando não existia índices específicos para cada setor da economia (como até os dias atuais não existe) e ainda sequer se cogitava a existência do regime não-cumulativo das contribuições.

Portanto, desde 1995, 10 anos antes da Lei nº 11.196/2005, já havia previsão para utilização da variação do IPC-r, ou de índices semelhantes, como hábil a refletir a variação

ponderada dos custos dos insumos em contratos de fornecimento futuro de bens ou serviços. E a própria Lei nº 9.069/95, em seu art. 76, já trazia a previsão de que, caso interrompida a apuração ou divulgação do IPC-r, caberia ao Ministro da Fazenda fixá-lo com base nos indicadores disponíveis, observada precedência em relação àqueles **apurados por instituições oficiais de pesquisa**.

Quanto à exigência de que o contribuinte comprove que o índice escolhido efetivamente reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, observo a mesma não está prevista na legislação, e portanto não pode ser exigida do contribuinte. Caso o índice escolhido não reflita esta variação, é da Fiscalização o ônus de tal comprovação.

Sabe-se, pelo art. 373, I, do Código de Processo Civil, que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito. O contribuinte, alegando possuir um direito creditório em face da União, apresentou como provas os contratos de fornecimento de energia elétrica, com preço predeterminado e previsão de reajuste através do índice IGP-M (amplamente utilizado no país em contratos dessa natureza), bem como memória de cálculo da apuração das contribuições pelo regime cumulativo, livros contábeis e fiscais, e todos os demais documentos solicitados pela Fiscalização.

Por outro lado, o art. 373, II, do CPC, determina que o ônus da prova incumbe ao réu (no sentido de posição processual oposta à do autor, sendo ocupada, neste caso, pela União/Fazenda Nacional), quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Se a Fiscalização alega que o índice de reajuste indicado nos contratos não reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados e esse fato é impeditivo ao direito creditório pleiteado pelo contribuinte/autor, deve fazer prova quanto à existência desse fato, seja fazendo uma auditoria sobre a variação dos custos de produção do contribuinte para demonstrar a existência de uma discrepância muito grande em relação ao índice utilizado (alguma divergência sempre ocorrerá, pois índices são valores médios para um setor), seja demonstrando a existência de um “índice próprio setorial”.

O que a Fiscalização não pode fazer é exigir do contribuinte tal comprovação, porque esta não é uma exigência prevista em lei, caracterizando uma conduta das autoridades fiscais de transferir o seu ônus probatório ao contribuinte, numa inversão vedada pelo ordenamento jurídico. Além disso, tal exigência tornaria inútil o contribuinte ter optado por reajustar seus preços com base em um índice, e não na variação do seu próprio custo de produção, como lhe faculta o art. 109 da Lei nº 11.196/2005, já que o Fisco Federal está lhe impondo fazer tal apuração justamente para aceitar o índice proposto.

Da mesma forma, não pode a Fiscalização, nem os julgadores deste Conselho, recusarem a utilização do IGP-M como índice por não ser próprio para o setor, se tal índice setorial não existe, ou ao menos não foi indicado qual seria. Tal conduta caracteriza até mesmo o

cerceamento do direito de defesa do contribuinte, pois ao não indicar qual o índice que julga adequado, não permite que se manifeste a respeito, com a apresentação de argumentos para ter optado por índice diverso.

Ressalte-se que a própria ANEEL já admitiu o IGP-M como índice adequado para refletir a variação de custos dos insumos do setor. Apesar do Ofício nº 1.431/2006-SFF/ANEEL não ter valor jurídico perante a Receita Federal, pois a ANEEL não possui competência para verificar se o contribuinte se enquadra nas disposições do art. 109 da Lei nº 11.196/2005, o mesmo não pode ser dito da Nota Técnica nº 224/2006-SFF/ANEEL, pois esta agência reguladora, e não a Receita Federal, tem a competência técnica para indicar qual/quais os índices que melhor refletem a variação dos custos dos insumos utilizados no setor elétrico. Trata-se, obviamente, de uma presunção *juris tantum* (relativa), possível de ser elidida por demonstração inequívoca em contrário, a qual, entretanto, não foi realizada pela Fiscalização.

Aliás, chama a atenção nas decisões da CSRF que o Colegiado até admite a utilização do IGP-M, com a condição de que seja apresentado um laudo atestando que este índice reflete a variação dos custos dos insumos utilizados no setor elétrico, ou seja, aceita que uma empresa privada, contratada pelo contribuinte, emita tal laudo, mas não aceita que a ANEEL, autarquia criada com a finalidade de regular o setor elétrico no Brasil, possa emitir um parecer sobre a mesma questão, o que me parece muito contraditório e pouco razoável.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes deste Conselho:

i) Acórdão nº 3402-005.033, Sessão de 22 de março de 2018:

PREÇO PREDETERMINADO. ILEGALIDADE DA IN Nº 468/2004 e 658/2006.

O preço predeterminado não se descaracteriza pela aplicação de indexador, Trata-se de mera atualização monetária dos valores dos contratos, e, não torna o preço pactuado (predeterminado) para fornecimento de bens e serviços em preço indeterminado. A ilegalidade da exclusão promovida pela IN 468/04 dos contratos de fornecimento de bens e serviços, com prazo superior a 1 (um) ano, celebrados antes de 31 de outubro de 2003, a preço determinado, prevista no art. 10, inc. XI alínea “b” da Lei 10.833/03.

IGPM. CORREÇÃO MONETÁRIA. CONTRATO PREDETERMINADO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO.

O reajuste de preços efetuado nas condições descritas no artigo 27 da Lei nº 9.069/95 independentemente do índice utilizado não descaracteriza a condição de preço predeterminado do contrato e, conseqüentemente, a sua manutenção no regime cumulativo, previsto na Lei nº 9.718/98. Não consta na legislação impedimento à utilização do IGPM.

ii) Acórdão nº 3302-002.907, Sessão de 09 de dezembro de 2015:

CONTRATO A PREÇO PREDETERMINADO. REGIME DE APURAÇÃO. CUMULATIVIDADE. MANUTENÇÃO. IGPM. POSSIBILIDADE.

As receitas decorrentes de contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, com prazo superior a um ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens e serviços, permanecem sujeitas às normas da legislação da Contribuição para o PIS/Pasep vigentes anteriormente à Lei 10.637/02, mesmo quando o valor do contrato sofre reajustado baseado em índice de correção nele previsto,

reconhecido no mercado como sendo de adoção consagrada no segmento correspondente e destinado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do mesmo.

iii) Acórdão nº 3101-001.682, Sessão de 19 de agosto de 2014:

COFINS. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS. ENERGIA ELÉTRICA. PREÇO PREDETERMINADO.

O preço predeterminado previsto em contrato com prazo superior a 1 (um) ano, de fornecimento de bens ou serviços, não perde sua natureza simplesmente pela previsão de reajuste decorrente da correção monetária com base em índice geral de preços.

Nos termos do art. 3º, § 3º, da IN SRF nº 658/2006, caberá à administração tributária fiscalizar os reajustes de preços efetivamente aplicados a partir pós 31 de outubro de 2003, a fim de verificar se não foram superiores ao correspondente acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, o que representa limite objetivo para manutenção da característica de “contrato a preço predeterminado”.

Com base neste entendimento, decidiu a Turma, por maioria de votos, dar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Lázaro Antônio Souza Soares – Redator Designado