



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10730.900910/2009-40
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-004.452 – 3ª Turma
Sessão de 7 de dezembro de 2016
Matéria PIS/PASEP
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CIEN COMPANHIA DE INTERCONEXÃO ENERGÉTICA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 15/06/2004

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Tatiana Midori Migiyama, Érika Costa Camargos Autran, Charles Mayer de Castro Souza (Suplente convocado) e Vanessa Marini Ceconello, que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal.

(Assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício

Processo nº 10730.900910/2009-40
Acórdão n.º **9303-004.452**

CSRF-T3
Fl. 3

(Assinado digitalmente)
Tatiana Midori Migiyama - Relatora

(Assinado digitalmente)
Andrada Márcio Canuto Natal - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício), Júlio César Alves Ramos, Tatiana Midori Migiyama, Andrada Márcio Canuto Natal, Demes Brito, Érika Costa Camargos Autran, Charles Mayer de Castro Souza (suplente convocado) e Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial apresentado pela Fazenda Nacional contra o Acórdão nº **3302-002.603**, da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que, por maioria de votos, deu provimento parcial ao recurso voluntário interposto pela contribuinte, consignando a seguinte ementa:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 15/06/2004

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

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 10.833/03, fosse não abarcar, na hipótese em estudo, os contratos com preço preestabelecido e cláusula de reajuste, o termo apropriado seria preço fixo, que não se confunde com o preço predeterminado.”

Insatisfeita com a decisão exarada pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial, requerendo a reforma do acórdão recorrido, trazendo, em apertada síntese, que:

- Pela própria definição e composição do IGP-M, fica evidente que 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”;
- O reajuste estipulado no contrato não descaracteriza o preço predeterminado apenas se for equivalente ao custo da produção ou se utilizar índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei 9.069/95, cabendo ao sujeito passivo trazer laudo técnico que demonstrasse os custos que ela tem, os insumos utilizados, bem como memoriais de reajustes dos preços desses bens;
- Por outro lado, se o reajuste não refletir a variação dos custos e insumos, a consequência será a tributação pela regra geral, ou seja, sistemática não-cumulativa do PIS e da COFINS, pois não estará mais caracterizado o preço predeterminado.

Processo nº 10730.900910/2009-40
Acórdão n.º **9303-004.452**

CSRF-T3
Fl. 5

O apelo da Fazenda Nacional foi admitido integralmente, nos termos do despacho às fls. 509 a 511 apreciado pelo Presidente da 3ª Câmara da 3ª Seção desse Conselho em exercício à época.

O sujeito passivo, então, apresentou contrarrazões às fls. 520 a 544, requerendo a negativa de provimento ao recurso especial interposto pela Fazenda, reafirmando suas alegações com menções a jurisprudências de tribunais.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Tatiana Midori Migiyama, Relatora.

O Recurso é tempestivo e, depreendendo-se da análise de seu cabimento, entendo pelo conhecimento do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional. O que concordo com a análise feita através do Despacho de fls. 509- 511 apreciado pelo Presidente da 3ª Câmara da 3º Seção desse Conselho em exercício à época, eis que o confronto das decisões comprova a divergência.

O acórdão recorrido decidiu que a correção dos valores de contratos pelo IGP-M não descaracteriza o preço pré-determinado, do que resultou manter a contribuinte no regime cumulativo das contribuições. E os arestos indicados se direcionam em sentido contrário.

Passo a analisar o cerne da lide trazida em recurso especial, qual seja, se o reajuste estipulado no contrato descaracteriza o preço predeterminado, nos termos do inciso art. 27, § 1º, inciso II, da Lei 9.069/95, pois, conforme alega a Fazenda Nacional, caso não reflita a variação dos custos e insumos, o sujeito passivo deveria observar a sistemática não-cumulativa do PIS e da COFINS, pois não restará mais caracterizado o preço predeterminado.

A DRJ entendeu que os contratos da contribuinte não se subsumem à primeira regra (custo de produção), pois os ajustes acordados não se baseiam, muito menos são calculados, com base na contabilidade de custo da empresa, mas em índice geral de preços (no caso o IGPM). Pela mesma razão, também não se subsumem à segunda regra (variação ponderada dos insumos), pois o índice para espelhar a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados não pode ser um índice geral de preços de toda a economia (tal como o IGPM), mas um índice necessariamente mais específico, senão no nível de empresa pelo menos no plano setorial.

Não obstante, a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção desse Conselho ao analisar o recurso voluntário, entendeu (Grifos meus):

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 15/06/2004

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

*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 10.833/03, fosse não abarcar, na hipótese em estudo, os contratos com preço preestabelecido e cláusula de reajuste, o termo apropriado seria preço fixo, que não se confunde com o preço predeterminado.”

Ventilada breve descrição dos fatos, necessária para a evolução do entendimento, passo a discorrer sobre o cerne da questão.

Trago, preliminarmente, para aclarar, o art. 10, inciso XI, alínea “b”, da Lei 10.833/03, *in verbis*:

“Lei 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;

Pela leitura desse dispositivo, tem-se que não havia nenhuma previsão legal, até o advento da Lei 11.196/05, de alteração do regime de contribuição por aplicação de cláusula de reajuste nos contratos firmados.

Não obstante, não tenha tido à época previsão legal até o advento da Lei 11.196/05 dispondo que o reajuste nos contratos firmados implica a alteração do regime tributário, havia sido publicada a Instrução Normativa da Receita Federal determinando a alteração do regime tributário com a existência de cláusula de reajuste, conforme se lê nos arts. 1º e 2º da IN SRF 468/2004, *in verbis* (Grifos meus):

*“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.

(...)."

Assevera a autoridade fazendária, assim, através do art. 2º, § 2º, da IN SRF 468/04, ao conceituar o termo "preço determinado", que a existência de cláusula de reajuste descaracteriza o contrato como sendo predeterminado, alterando, conseqüentemente, a situação da pessoa jurídica da sistemática cumulativa para a não cumulativa das contribuições.

Logo, é de se mencionar que a referida Instrução Normativa havia extrapolado seu poder regulamentar, haja vista que tratou o reajuste de preço necessário à sua equalização ao poder da moeda como revisão do preço contratado, conferindo o aumento das alíquotas do PIS - de 0,65% para 1,65% - e da COFINS - de 3% para 7,6% com a alteração da aplicação da sistemática cumulativa para a sistemática não cumulativa.

No entanto, vê-se que, em respeito ao Princípio da Legalidade, somente poderia ocorrer aumento de alíquota tributária por meio de lei, em respeito ao art. 97 do CTN, sendo incabível a observância de ato infra legal para este intuito.

A IN SRF 468/04, que limitou a acepção do termo "preço predeterminado" restringiu o alcance da norma legal - o art. 10, inciso XI, alínea "b", da Lei 10.833/03, incorrendo em evidente ilegalidade.

Não obstante à essa constatação, tem-se que, posteriormente à IN SRF 468/04, especificamente em 22.11.05, foi publicada a Lei 11.196/05 – que trouxe o seguinte dispositivo (Grifos meus):

“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 que, em respeito à norma legal, que naquele momento dispôs sobre o reajuste de preço para o caso em questão e de forma retroativa – vez que explicitou que o art. 109 da Lei 11.196/05 deve ser aplicado desde 1º de novembro de 2003, passo, forçosamente, a apreciar também a IN SRF 468/04 e a IN SRF 658/06 – não entrando no mérito da discussão acerca da produção dos efeitos retroativos estabelecidos no parágrafo único do art. 109 da Lei.

Sendo assim, em melhor análise da IN SRF 468/04, ainda que tenha sido editada à época sem previsão legal de “reajuste de preços”, entendo que o que se

está propondo com essa norma é desbordar confusão no ordenamento jurídico – vez que a natureza do evento de reajuste de preço é diferente do evento de revisão de preço.

Eis que o reajuste contratual tem a finalidade de se “corrigir monetariamente” o preço já contratado/negociado para se manter o equilíbrio econômico financeiro do contrato – equalizando o preço já estipulado com o poder da moeda.

Ou seja, o reajuste não tem o condão de alterar o preço já contratado/negociado, mas sim, de apenas, em virtude de perdas inflacionárias, adequá-lo à realidade econômica.

Enquanto que a revisão do preço, com a definição pela continuidade de determinado serviço e em vista de circunstâncias extraordinárias, p.e. motivos concorrenciais, tem a finalidade de se estipular uma nova equação econômica para se firmar um novo preço junto ao contratado.

O que, de fato, alteraria o preço do serviço. É de se trazer também que o reajuste usualmente ocorre anualmente e no final do exercício, pois deve considerar os impactos inflacionários do ano corrente, diferentemente da revisão de preço, que poderá ocorrer pelas circunstâncias extraordinárias que influenciam as partes e o mercado (p.e., oferta e demanda).

Dessa forma, o reajuste, resultante da simples aplicação do índice de correção monetária não tem o poder de alterar o preço predeterminado. Tanto é assim, que não implica em obrigatoriedade de aditamento do contrato, bastando a previsão de cláusula de reajuste com a estipulação de um índice oficial para a atualização monetária do preço. O que passo, a desconsiderar aquela Instrução Normativa - IN SRF 468/04 - para o caso em apreço, em respeito à natureza dos eventos jurídicos – reajuste e revisão de preços – já que traz que o mero “reajuste” implicaria a alteração do preço antes firmado, confluindo da mudança da sistemática das contribuições

Quanto à IN SRF 658/06, publicada posteriormente à Lei 11.196/05 e que revogou a IN 468/04, que trouxe os arts. 3º e 4º, in verbis (Grifos meus):

“Do Preço Predeterminado

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

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

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

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

II - de regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos dos arts. 57, 58 e 65 da Lei 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.

Art. 4º Na hipótese de pactuada, a qualquer título, a prorrogação do contrato, as receitas auferidas depois de vencido o prazo contratual vigente em 31 de outubro de 2003 sujeitar-se-ão à incidência não-cumulativa das contribuições.”

É de se considerar, em vista do exposto, que a IN SRF 658/06, especificamente sem eu art. 3º, § 3º, está em consonância com o art. 109 da Lei 11.196/05 ao dispor que 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 9.069, de 29 de junho de 1995, não descaracteriza o preço predeterminado.

Vê-se que houve citação expressa nos dispositivos da IN SRF 658/06, Lei 11.196/05 e art. 27 da Lei 9.069/95, *in verbis* (Grifos meus):

*“Art. 27. A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária contraída a partir de 10 de julho de 1994, inclusive, **somente poderá dar-se pela variação acumulada do índice de Preços ao Consumido, Série r IPCr.***

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica:

(...)

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

(...)”

O que, por conseguinte, poder-se-ia entender que **somente poderão ser considerados como contratos pré-determinados aqueles que forem corrigidos com base no custo de produção ou no IPCr, por expressa limitação legal.**

No entanto, *data vênia*, não compartilho desse singelo entendimento, o que passo a discorrer as minhas argumentações para tal sentimento.

A correção monetária *de per si* por sua natureza mantém o preço predefinido equalizando-o somente com o poder da moeda – o que, a meu sentir, nem precisaria de previsão legal para se fazer tal reajuste – necessário à manutenção de vários negócios jurídicos.

Sendo assim, a cláusula de reajuste é admitida para assegurar às partes a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro da avença.

Cabe lembrar que a Lei 8.666/93 – que dispõe sobre as licitações e contratos firmados pela Administração Pública, estabelece a observância obrigatória de determinadas regras, das quais a cláusula de reajuste de preço deve constar não apenas do instrumento contratual, mas também do próprio ato convocatório do processo de licitação (Grifos meus):

"Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, o dia e a hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI – critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

(...)

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III- o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios da atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;"

Com efeito, nota-se que o reajuste apenas representa o repasse da correção monetária durante a vigência do contrato, ou seja, mero reajuste mesmo e

não o estabelecimento de um novo contrato – por decorrência de um novo preço – ou seja, reajuste de preço.

Tanto é assim, que não tem o condão de provocar alteração contratual, conforme demonstrado no art. 65, § 8º do art. 65 da Lei de Licitações (Grifos meus):

"Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

§ 8.º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento."

Em vista do exposto, o mero reajuste de preço, em respeito ao poder da moeda, não altera o contrato já firmado, tampouco há que se falar em mudança do preço acordado. Ou seja, a mera atualização do preço, por decorrência da desvalorização da moeda, não poderia descaracterizar o contrato com preço pré-determinado.

Continuando, é de se recordar ainda que os dispositivos da Lei 11.196/05 e da própria IN SRF 658/05, transcritos anteriormente, traz que não se descaracteriza o contrato como predeterminado quando o reajuste de preços considerar **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 art. 27 da Lei 9.069/95 (que citou o índice IPC-r.)**

Quanto ao índice de atualização, a Lei 11.196/05 e a IN SRF 658/05 até o momento faz menção ao art. 27 da Lei 9.065/95 que, por sua vez, traz que somente poderão ser considerados como contratos pré-determinados quando reajustados pelo IPC-r.

Mas o índice foi extinto. O que resta a pergunta: como aplicar um índice já extinto?

É de se trazer que o IPC-r foi extinto e substituído por outros índices, inclusive o IGPM – índice utilizado pelo sujeito passivo. E, não obstante ter sido também substituído pelo IGPM, importante trazer o que diz o art. 8º da Lei 10.192/01 (Grifos):

“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.”

Nos termos do art. 8º, § 1º, da Lei 10.192/01 descrito acima, pode-se considerar, para fins de reajuste, o índice previsto contratualmente para esse fim – já que havia sido extinto o IPC-r.

Há que se observar também os dizeres do art. 2º da Lei 10.192/01:

“Lei nº 10.192/01

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

(...)”

Destarte, tendo em vista que o IGP-M é um Índice Geral de Preços do Mercado e uma das versões do Índice Geral de Preços – IGP, medido pela Fundação Getúlio Vargas e tem como finalidade registrar a inflação de preços, forçoso se afirmar que a utilização desse índice seria aplicável para se alterar o preço contratado/negociado, e não para se atualizar o preço estipulado em contrato.

Seria tão danoso tal entendimento de que não se poderia utilizar o IGPM como índice para a atualização do preço no contrato ora firmado - que a própria Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel traz em seu site que o reajuste para a atualização monetária dos contratos deve considerar o IGPM.

Cabe elucidar que a Aneel foi instituída pela Lei 9.427/96, tendo por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

E, dentre as suas atribuições, consta a gestão dos contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como atuar para se zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica.

Dessa feita, compete a Aneel zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando as práticas de mercado, além de gerir os contratos de concessão de energia elétrica – o que, para tanto, poderá regular o índice a ser utilizado para se atualizar tais contratos. O que efetivamente faz e fez no presente caso ao expor a possibilidade de se utilizar o IGPM como índice de atualização monetária do preço.

Frise-se esse entendimento a decisão emanada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1169088 - MT 2009/0235718-4 – o que peço licença para transcrever a ementa:

“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 aresto 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.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator."

Nessa seara, proveitoso trazer também ementa do julgado pelo STJ quando apreciou o REsp 1089998/RJ RECURSO ESPECIAL 2008/0205608-2 (Grifos meus):

"Ementa

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.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, acompanhando o Sr. Ministro Humberto Martins, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator."

Ademais, cabe trazer ainda que o sujeito passivo apresentou Ofício 1431/2006 – SFF/Aneel – afirmando que os índices por ela aprovados ou homologados, bem como nos contratos celebrados nos moldes dos examinados nesse

processo “visam exatamente refletir as variação ponderada dos custos dos insumos utilizados”.

Para desconsiderar esse ofício, a autoridade fazendária deveria, de acordo com o art. 79, § 1º, do Decreto-lei 5.844/43, produzir contraprova demonstrando que os índices dos contratos eram superiores a esses, atestando eventual falsidade ou inexatidão desse Ofício.

Ante todo o exposto, entendo que 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, consequentemente, a sua manutenção no regime cumulativo, previsto na Lei nº 9.718/98.

Frise-se tal entendimento a Solução de Consulta da 8ª Região 390 de 2006 - Os reajustes de preço de venda de energia elétrica determinados ou autorizados pela ANEEL, conforme procedimento previsto em cláusula de contrato de venda de energia, os quais expressem exclusivamente a variação de custos do gerador/vendedor, reconhecida por aquela agência, são aceitáveis para efeito do que dispõe o art. 109 da Lei 11.196/05, não descaracterizando o fornecimento a preço predeterminado.

Ante o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

É como voto.

(assinado digitalmente)
Tatiana Midori Migiyama

Voto Vencedor

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal, Redator designado.

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 IGP-M 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 3301-002.196, de 25/02/2014, processo nº 16349.720019/2011-36, 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 9303-003.470, 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.(grifei)

(...)

No Acórdão nº 9303-003.373 ficou claro que o IGP-M 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-PGFN¹, 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 Gilson, 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 das 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 IGP-M 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 quanto se está diante de pedido de restituição e compensação, para o quê 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 IGPDI, INPC, INCC, não retira do contrato a natureza de "preço predeterminado", vez que esses índices expressam tão somente a

¹ IN SRF nº 658, de 4/7/2006; Nota Técnica Cosit nº 1, de 16/2/2007; Parecer PGNF/CAT nº 1.610, de 2007.

variação do padrão monetário nacional, medida essa indispensável para a garantia do equilíbrio contratual”.

Com todo respeito ao ilustre relator, ousou 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. (grifei)

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 inc. 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.**”*
(grifei)

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 IGP-M.

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 IGP-M 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 infralegais.

Conforme afirmamos acima o IGP-M 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 9303-003.373**, já citado acima, que aprovo e adoto neste voto:

'Para que não pairasse qualquer dúvida de que o IGP-M 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 IGP-M.

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 IGP-M é composto de 3 índices, o IPA-M, o IPC-M e o INCC-M.

O Índice de Preços ao Produtor Amplo (IPA-M), que responde por 60% do IGP-M, 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.

Vejamos, 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 IPA-M e os de origem industrial os outros 71,0262%, sendo que os subíndices relativos às máquinas, aparelhos e materiais elétricos correspondem a minguados 1,7674% do IPA-M. Partindo-se da premissa que outros subíndices 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 IPA-M é insignificante, muito insignificante.

Já em relação ao IPC-M, 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 INC-C, 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 IGP-M 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 IGP-M 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 IGP-M 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.

(assinado digitalmente)
Andrada Márcio Canuto Natal