



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

Processo n° 10730.900916/2009-17
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-002.247 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de maio de 2013
Matéria COFINS NÃO-CUMULATIVIDADE EXCEÇÃO
Recorrente CIEN - COMPANHIA DE INTERCONEXÃO ENERGÉTICA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 28/02/2005

COFINS. NÃO-CUMULATIVIDADE. EXCEÇÃO. CONTRATOS. PREÇO PREDETERMINADO. ART. 10, X DA LEI 10.833/2003. ART. 109 DA LEI 11.196/2005. ART. 3º, §§ 2º E 3º DA IN SRF 658/2006.

O contrato por preço predeterminado não fica descaracterizado pela aplicação de reajuste nele mesmo previsto, não sendo motivo de aplicação da hipótese do § 2º do art. 3º da IN SRF 658/2006, mas configurando a ressalva referida pelo § 3º do mesmo dispositivo.

O preço predeterminado em contrato não perde sua natureza simplesmente pela previsão de reajuste decorrente da correção monetária. Se a pretensão do legislador, a partir da Lei nº 10.833/03, fosse não abarcar os contratos com cláusula de reajuste, o termo apropriado seria preço fixo, que não se confunde com o preço predeterminado. Precedentes judiciais e administrativos.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso.

Antonio Carlos Atulim - Presidente.

Ivan Allegretti - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Domingos de Sa Filho, Rosaldo Trevisan, Ivan Allegretti e Raquel

Motta Brandão Minatel. Sustentou pela recorrente o Dr. Luiz Henrique Barros de Arruda, OAB/RJ nº 85.746.

Relatório

Trata-se de Declaração de Compensação transmitida pelo contribuinte em 31.01.2006 (fl. 233), indicando como crédito o recolhimento a maior de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) em relação ao fato gerador 28/02/2005.

A homologação da compensação foi recusada por meio de Despacho Decisório (fl. 27) sob o fundamento de que *“A partir das características do DARF discriminado no PER/DCOMP acima identificado, foram localizados um ou mais pagamentos, abaixo relacionados, mas integralmente utilizados para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação de débitos informados no PER/DCOMP”*.

O contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls. 1/8) alegando, em síntese, que houve recolhimento a maior a título de Cofins não-cumulativo, em razão de ter computado no regime não-cumulativo receitas que deveriam ter sido submetidas ao regime cumulativo, por força do art. 10, XI, “b” da Lei nº 10.833/2003, combinado com o art. 109 da Lei nº 11.196/2005 e arts. 2º e 3º da IN SRF nº 658/2006.

Estes dispositivos prevêm o seguinte, sucessivamente:

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:

a) com prazo superior a 1 (um) ano, de administradoras de planos de consórcios de bens móveis e imóveis, regularmente autorizadas a funcionar pelo Banco Central;

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

c) de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços contratados com pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, bem como os contratos posteriormente firmados decorrentes de propostas apresentadas, em processo licitatório, até aquela data;

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.

Art. 2º Permanecem tributadas no regime de cumulatividade, ainda que a pessoa jurídica esteja sujeita à incidência não-cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, as receitas 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;

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; e

IV - com prazo superior a 1 (um) ano, de revenda de imóveis, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária e construção de prédio destinado à venda.

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.

Alega que, tendo percebido o erro na apuração, recalculou os valores pertinentes ao regime não-cumulativo, resultando no indébito cujo valor indicou como crédito na DCOMP, “*mas se ouvidou de retificar a DCTF correspondente (doc. 8), fato que induziu a digna autoridade a quo a supor que inexistia crédito a restituir/compensar, conforme expôs no r. despacho decisório ora enfrentado*” (itens 3.5 e 3.5.1 da manifestação de inconformidade).

Informou, ainda, que havia usado o índice errado da Selic para a atualização do indébito e que também havia deixado de recolher uma diferença de valor em relação ao regime cumulativo, mas que providenciou o recolhimento destes valores por meio de DARF.

Com a manifestação de inconformidade juntou cópia dos contratos firmados com FURNAS – CENTRAIS ELÉTRICAS S/A, em 05.05.1998 (Contrato 12.399, fls. 32 e seguintes), com as CENTRAIS GERADORAS DO SUL DO BRASIL – GERASUL em 20.10.1999 (Contrato 2118002 – fls. 90 e seguintes) e com a COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO RIO DE JANEIRO – CERJ em 26.06.2002 e 21.07.2003 (fls. 154 e seguintes e fls. 200 e seguintes).

Todos estes contratos foram firmados pelo prazo de 20 anos.

Também juntou cópia da DCTF (fls. 232) e da DCOMP (fls. 233/247) relacionada aos períodos envolvidos.

Em seguida o contribuinte protocolou um aditamento à manifestação de inconformidade (fls. 201/202), promovendo a juntada de “*demonstrativo da composição das corretas bases de cálculo da COFINS no período, nos regimes cumulativo e não cumulativo, acompanhado do Balancete e das folhas do Livro Razão correspondentes, que indicam (i) a receita bruta de venda de energia elétrica no mês; (ii) a parcela da receita decorrente dos contratos sujeitos ao regime cumulativo; bem como (iii) as receitas diferidas na forma do artigo 7º da Lei nº 9.718/98*”.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento do Rio de Janeiro II/RJ (DRJ), por meio do Acórdão nº 13-31.336, de 03 de setembro de 2010 (fls. 221/223) manteve a decisão de não homologação, resumindo seu entendimento na seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 15/03/2005

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 miter 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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente.

Direito Creditório Não Reconhecido.

No voto proferido na DRJ, depois de esclarecer que a IN SRF 486/2004 foi revogada pela IN SRF 658/2006, explicou o Relator o seguinte, analisando os contratos:

*Em juízo inicial, por meio do confronto dos dados acima sintetizados com os requisitos legais (1 a 4), acima resumidos, conclui-se que os mencionados contratos atendem as exigências da lei para que a contribuinte possa adotar o regime cumulativo para as receitas daí derivadas. Ocorre que há outro **requisito referente a permanência no regime**. A lei impõe a exclusão do regime cumulativo, quando da primeira alteração no preço do fornecimento, conforme se verifica abaixo:*

Instrução Normativa SRF nº 658/2006

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. 22, 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 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.

E necessário, então, voltar a examinar cada contrato para verificar se atende ao disposto no art. 3º da IN nº 658/06, que regulou o preço predeterminado referenciado na Lei.

*No primeiro contrato, firmado com FURNAS, registra-se na cláusula 28, pág. 33 do contrato, que o reajuste com base na **variação do IGPM** é realizado a cada 12 meses no mês de setembro, deduzindo-se daí ter havido em setembro de 2004 o primeiro reajuste após a data de 31/10/03. Portanto, a partir de outubro de 2004 as receitas decorrentes deste contrato já deveriam ser computadas no regime da não-cumulatividade. Ora, a contribuinte solicita reconhecimento de direito de crédito, em razão da adoção (equivocada segundo alega) do regime não-*

*cumulativo, no período de **janeiro de 2005**, posterior ao término da permanência no regime cumulativo permitido pelas regras legais constantes da Lei nº 10.833/03 e Instruções Normativas acima reproduzidas.*

*No **segundo contrato**, firmado com a GERASUL, registra-se na cláusula 28, pág. 34 do contrato, que o reajuste com base na variação do IGPM é realizado a cada 12 meses no mês de setembro, deduzindo-se daí ter havido em setembro de 2004 o primeiro reajuste após a data de 31/10/03. Portanto, **a partir de outubro de 2004** as receitas decorrentes deste contrato já deveriam ser computadas no regime da não-cumulatividade. Ora, a contribuinte solicita reconhecimento de direito de crédito, em razão da adoção (equivocada segundo alega) do regime não-cumulativo, no período de **janeiro de 2005**, posterior ao término da permanência no regime cumulativo permitido pelas regras legais constantes da Lei nº 10.833/03 e Instruções Normativas acima reproduzidas.*

*No **terceiro contrato**, firmado com a CERJ, registra-se na cláusula 12, pág. 20 do contrato, que o reajuste com base na **variação do IGPM** é realizado a cada 12 meses no dia 31/12, deduzindo-se daí ter havido em 31/12/03 o primeiro reajuste após a data de 31/10/03. Portanto, a partir de **janeiro de 2004** as receitas decorrentes deste contrato já deveriam ser computadas no regime da não-cumulatividade. Ora, a contribuinte solicita reconhecimento de direito de crédito, em razão da adoção (equivocada segundo alega) do regime não-cumulativo, no período de **janeiro de 2005**, posterior ao término da permanência no regime cumulativo permitido pelas regras legais constantes da Lei nº 10.833/03 e Instruções Normativas acima reproduzidas.*

*No **quarto contrato**, firmado também com a CERJ, registra-se no parágrafo primeiro da cláusula 15, com a redação dada pelo Primeiro Termo Aditivo ao contrato, que o reajuste com base na **variação do IGPM** é realizado a cada 12 meses no dia 31/12, a partir de 31/12/03, que é a data de início conforme na cláusula 2, com a redação dada pelo Primeiro Termo Aditivo ao contrato, deduzindo-se daí ter havido em 31/12/04 o primeiro reajuste após a data de 31/10/03. Portanto, **a partir de janeiro de 2005**, as receitas decorrentes deste contrato já deveriam ser computadas no regime da não-cumulatividade. Ora, a contribuinte solicita reconhecimento de direito de crédito, em razão da adoção (equivocada segundo alega) do regime não-cumulativo, no período de **janeiro de 2005**, posterior ao término da permanência no regime cumulativo permitido pelas regras legais constantes da Lei nº 10.833/03 e Instruções Normativas acima reproduzidas.*

***Conclusão:** Quanto aos contratos analisados, não procede o pedido, porquanto, o regime da não-cumulatividade fora adotado corretamente no período de **janeiro de 2005**, descabendo a troca para o regime cumulativo, não existindo, assim, o crédito que daí decorreria.*

O contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 226/244), no qual reitera os mesmos argumentos da sua manifestação de inconformidade.

Também sustenta a nulidade do acórdão da DRJ por ter se omitido da apreciação do Ofício ANEEL nº 1431/2006, “no qual o próprio Governo Federal, por intermédio de seu órgão técnico competente, havia afirmado peremptoriamente que esses reajustes ‘visam exatamente refletir a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados’, nas forma prevista nos mencionados artigos 27, § 1º, II da Lei nº 9.069/95 e artigo 109 da Lei nº 11.196/05”, argumentando, ainda, que diante desta prova incumbiria ao Fisco produzir contraprova de que os índices dos contratos seria superiores ao que corresponderiam ao acréscimo do custo de produção ou variação ponderada dos custos dos insumos.

Este Conselho, por meio da Resolução nº 3403-000.271 (fls. 307/314-e), converteu o julgamento em diligência para que fosse auditada a apuração do indébito apresentada pelo contribuinte, verificando qual o valor das receitas que envolvem cada um dos contratos em questão, e qual seria o valor do indébito, considerando os valores recolhidos e a apuração das demais receitas pelo regime não-cumulativo, se a receita destes contratos de fato devessem se sujeitar ao regime cumulativo.

A Delegacia de origem, depois de levantadas as informações necessárias, lavrou TERMO DE ENCERRAMENTO DE PROCEDIMENTO FISCAL DE DILIGÊNCIA (fls. 946/957-e), ao final demonstrando o valor devido de Cofins em dois panoramas: considerando as receitas dos contratos envolvidos como sujeitas ao regime não-cumulativo (item 7.1) e como sujeitas ao regime cumulativo (item 7.2).

Intimado quanto ao resultado da diligência, a Recorrente apresentou manifestação (fls. 961/968-e) diz que a diligência fiscal confirmou a existência do direito creditório pleiteado. Reiterou a alegação de que os contratos em questão foram aprovados e homologados pela ANEEL, com a indicação dos índices e datas dos reajustes aplicáveis ao preço pré-determinado e apresentou precedentes da 2ª Turma da 4ª Câmara da 3ª Seção, que apreciaram os mesmos contratos, concluindo pelo reconhecimento do direito da Recorrente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ivan Allegretti, Relator

O recurso é tempestivo, motivo pelo qual dele conheço.

A discussão gira em torno da aplicação do disposto no art. 10, XI, “b” da Lei nº 10.833/2003, que mantém no regime cumulativo de apuração da Cofins as receitas decorrentes de contratos firmados antes de 31 de outubro de 2003, desde que “com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço determinado, de bens ou serviços”.

É neste texto que surge a tormentosa tarefa de definir e delimitar o conceito de preço determinado.

O parágrafo 3º do art. 3º da IN 658/2006 detalha 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 nº 9.069, de 29 de junho de 1995, não descaracteriza o preço predeterminado”.

Não pode haver dúvida, a meu entender, de que o texto da IN apenas pretendeu reiterar o conteúdo normativo do art. 109 da Lei nº 11.196/2005, *verbis*:

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.

Perceba-se que embora ambos os dispositivos, da Lei e da Instrução Normativa, refiram-se à Lei nº 9.069/95, esta norma em nada contribui para o detalhamento do conceito, apenas repetindo o mesmo texto:

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 - omissis

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;

Não há maiores detalhamentos, portanto, do que possa significar um reajuste “em função do custo de produção” ou de “variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados”.

E se não parece simples definir estes conceitos, fica igualmente tormentosa a tarefa de pesquisar se os percentuais aplicados no reajuste porventura ultrapassam tais conceitos.

Em primeiro lugar, parece necessário entender que o art. 109 da Lei nº 11.196/2005 veio à lume justamente para impedir que se pudesse interpretar que a simples aplicação de um reajuste fosse suficiente para descaracterizar o “preço determinado”.

Isto fica evidente, inclusive, pela determinação de que tal interpretação deve ser tomada em conta desde 1º novembro de 2003, por força do parágrafo único do art. 109 da Lei nº 11.196/2005.

Esta nova Lei, portanto, teve a finalidade de integrar o sentido da Lei anterior.

Nisto, parece ter se alinhado à interpretação que os Tribunais já vinham pronunciando para o dispositivo da Lei nº 10.833/05, antes da Lei nº 11.196/05 ter vindo à lume.

Confirmam-se os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. LEI 10833/2003. NÃO-CUMULATIVIDADE. EXCEÇÃO À REGRA ESTABELECIDADA PELO ARTIGO 10, INCISO XI, CC. ARTIGO 15, INCISO V, DA LEI Nº 10.833/03. INSTRUÇÃO NORMATIVA 468/04. ILEGALIDADE. REVOGADA PELA LEI Nº 11.196, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2005.

1. Discute-se a validade da tributação na forma preconizada pelo artigo 10, inciso XI, cc. artigo 15, inciso V, da Lei nº 10.833/03, diante do contrato de concessão firmado com o Poder Público, antes de 31 de outubro de 2003, por período certo, superior a um ano, e a preço determinado, não se sujeitando a ilegal IN-SRF nº 468/04, que, desbordando do texto legal e alterando os critérios de tributação traçados pela lei, definiu o que vem a ser preço determinado.

2. A IN-SRF nº 468/04 conferiu interpretação equivocada ao inciso XI, alínea "c" do artigo 10 da Lei 10.833/03.

3. A Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, tratou de dissipar eventual dúvida de interpretação nesse sentido, dispondo sobre o tema, em seu artigo 109, que: "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."

4. Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF 3ª Região. Rel. ELIANA MARCELO. AMS 200561000030246. DJ 06/12/2007)

DIREITO TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ART. 10, INCISO XI, ALÍNEA "B" DA LEI 10.833/03. IN 468/04. CUMULATIVIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. É ilegal a exclusão promovida pela IN 468/04 dos contratos de fornecimento de energia elétrica, com prazo superior a 1 (um) ano, celebrados antes de 31/10/2003, a preço determinado, prevista no art. 10, inc. XI, alínea "b" da Lei 10.833/03.

2. Reconhecido o direito das impetrantes de recolher o PIS e a COFINS pela sistemática da, nos contratos de fornecimento de

energia elétrica com prazo superior a 1 (um) ano, celebrados antes de 31/10/2003, a preço determinado.

3. A compensação somente poderá ser implementada após o trânsito em julgado, nos termos do art. 170-A do CTN.

4. A correção monetária do indébito deve se dar pela variação da taxa SELIC.

5. Apelação provida.

(TRF 4ª Região. Rel. ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA. AMS 200572000072027. DJ 15/05/2007)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA. REJEIÇÃO. COFINS E PIS. NÃO-CUMULATIVIDADE. LEI Nº 10.833/03. ARTIGOS 10, XI, E 15. REGIME FISCAL ANTERIOR. CONTRATOS FIRMADOS ANTERIORMENTE A 31 DE OUTUBRO DE 2003. CLÁUSULA DE REAJUSTE. CORREÇÃO MONETÁRIA POR CRITÉRIO PREDETERMINADO (IGP-M). ILEGALIDADE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 468/04. INOVAÇÃO DO PRECEITO LEGAL.

1. Rejeitada a preliminar de inadequação da via eleita, uma vez que a alegação da agravada, no sentido da falta de direito líquido e certo no mandado de segurança impetrado na origem, condiz com o próprio mérito, a ser solucionado a tempo e modo, não existindo impedimento processual a seja processada a impetração, pois a "alta indagação do direito" não é incompatível com o rito célere do writ constitucional, nem se comprovou, por outro lado, a necessidade de provas além das que foram produzidas documentalmente nos autos.

2. A previsão, contida nos artigos 10, XI, e 15, da Lei no 10.833/03, de aplicação do regime fiscal anterior da cumulatividade, relativamente ao PIS-COFINS, alcança os contratos firmados antes de 31/10/2003, com preços predeterminados, ainda que sujeitos a cláusulas de reajuste, desde que por critério prefixado e destinado à mera recomposição monetária, como ocorre no caso concreto.

3. A IN nº 468, de 08/11/2004, cujo artigo 2º, § 2º, restringiu o benefício do regime fiscal anterior apenas ao período em que não houve reajuste, determinando que, depois do reajuste, periódico ou não, se aplique o regime da não-cumulatividade, restringe o alcance de norma legal, incorrendo, como aferido em juízo sumário, em ilegalidade.

4. Provimento do agravo de instrumento para a concessão de liminar, garantindo ao contribuinte a sujeição ao regime fiscal da cumulatividade do PIS-COFINS, em relação ao faturamento ou receita oriundos do contrato de concessão, juntado aos autos, mesmo depois de eventuais reajustes, desde que observado o critério de correção monetária previamente fixado. 5. Agravo regimental julgado prejudicado.”

(TRF 3ª Região. Rel.Des. Fed. CARLOS MUTA. AG 234522.
DJU 21/03/2007 p. 189)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. PERMANÊNCIA NO REGIME DA CUMULATIVIDADE. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS. ENERGIA ELÉTRICA. PREÇO PREDETERMINADO. CLÁUSULA DE REAJUSTE. REQUISITOS DO ART. 10, XI, B, DA LEI 10.833/03. INSTRUÇÃO NORMATIVA 658/06. INADEQUAÇÃO. COMPENSAÇÃO. TAXA SELIC.

1. A Secretaria da Receita Federal, ao editar as INs SRF 468/04 e 658/06, impediu que contratos, embora se subsumindo as hipóteses previstas na Lei 10.833/03, usufruam o regime da cumulatividade, uma vez que alterou o conceito de preço predeterminado, ao entender que a mera atualização monetária acarreta mudança no preço.

2. 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.

3. Essa desclassificação da natureza jurídica dos contratos com preço pré-estabelecido pela Receita Federal encontra óbice na inadequação do veículo utilizado: a instrução normativa.

4. Diante da evolução da legislação reguladora da compensação tributária, resta autorizada a compensação de créditos decorrentes do recolhimento indevido a título de PIS e COFINS na sistemática da não-cumulatividade, corrigidos monetariamente pela taxa SELIC, com qualquer tributo arrecadado e administrado pela Secretaria da Receita Federal, ainda que o destino das arrecadações seja outro, nos termos do art. 74 da Lei 9.430/96.

5. Remessa oficial a que se nega provimento.

(TRF 1ª Região. Rel. Des. Fed. MARIA DO CARMO CARDOSO.
REOMS 200536000125322. DJ 9/3/2007)

Como visto, os precedentes acima fulminam a já revogada IN 468/04, justamente pelo fato desta Instrução Normativa não contemplar a ressalva depois prevista na Lei nº 11.196/2005, então enxertada no § 3º do art. 3º da IN 658, que lhe sucedeu.

Apóio-me nos referidos precedentes judiciais, deles extraindo o mesmo critério, para entender que a aplicação de um índice de correção monetária não descaracteriza o “preço determinado” referido pelo art. 10, XI, da Lei nº 10.833/2003.

Faço minhas, portanto, as palavras da Desembargadora Federal Maria do Carmo, de que “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”.

Vale perceber, ainda, que na sua origem remota, quando o conceito surgiu no art. 27 da Lei nº 9.069/95, pretendia-se – em relação 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*” – autorizar que nestes casos se pudesse utilizar um critério de atualização diferente daquele índice específico fixado no caput.

No presente caso, o art. 109 da Lei nº 11.196/2005 utiliza o mesmo conceito para dizer que o reajuste não configura uma alteração de preço, nem alteração de contrato, mas apenas a preservação dos ajustes necessários ao preço, justamente para permitir a duração do contrato pelo longo período de tempo para o qual foi concebido para durar.

Assim, o reajuste por índice de correção previsto no próprio contrato original, firmado e vigente antes de 31 de outubro de 2003, não pode implicar na sua exclusão do conceito de contrato por preço determinado, prevista no art. 10, XI, “b” da Lei nº 10.833/2003.

Entendo, por isso, que a aplicação do índice de atualização previsto no contrato não desqualificou o “preço predeterminado”, mantendo-se as receitas no tratamento previsto no art. 10, XI, da Lei nº 10.833/2003, devendo por isso ser provido o recurso do contribuinte, para reconhecer o direito de crédito.

Destaco, ainda, que este mesmo Conselho, analisando os mesmos contratos desta mesma Recorrente, já reconheceu o mesmo direito ao contribuinte, conforme se verifica na seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

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, não desnaturando o requisito do preço predeterminado a previsão de reajuste com base no IGPM.

(Acórdão 3402-001887, Processo 10730.900925/2009-16, rel. Cons. Gilson Macedo Rosemburg Filho, j. 25/09/2012)

É o mesmo, o entendimento aplicado ao presente caso.

Voto, pois, pelo provimento do recurso.

Ivan Allegretti - Relator

Processo nº 10730.900916/2009-17
Acórdão n.º **3403-002.247**

S3-C4T3
Fl. 1.052

CÓPIA