



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

Processo nº 10730.900920/2009-85
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-002.606 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de fevereiro de 2015
Matéria PIS/PASEP
Recorrente CIEN COMPANHIA DE INTERCONEXÃO ENERGÉTICA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 15/09/2004

PIS/PASEP. 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, no caso, a apuração não-cumulativa da contribuição.

VARIAÇÃO PELO DÓLAR AMERICANO. REGIME NÃO CUMULATIVO. O reajuste por moeda estrangeira não representa reposição de perdas inflacionárias, desvirtuando o conceito de preço predeterminado e implicando a apuração pelo regime não cumulativo.

Recurso Voluntário Negado

Direito Creditório Não Reconhecido

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Mônica Elisa de Lima, Sidney Eduardo Stahl e Fábila Regina Freitas. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal. O Conselheiro Sidney Eduardo Stahl apresentará declaração de voto. Fez sustentação oral, pela recorrente, o advogado Luis Felipe Krieger Moura Bueno, OAB/RJ 117908.

RODRIGO DA COSTA PÔSSAS - Presidente.

Processo nº 10730.900920/2009-85
Acórdão n.º **3301-002.606**

S3-C3T1
Fl. 481

Mônica Elisa De Lima- Relatora.

Andrada Márcio Canuto Natal - Redator Designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas (presidente da turma), Sidney Eduardo Stahl, Andrada Marcio Canuto Natal, Luiz Augusto do Couto Chagas, Fábila Regina Freitas e Mônica Elisa de Lima.

Relatório

Por refletir, com propriedade, os termos da lide, adotar-se-á o Relatório de lavra da Delegacia de Julgamento no Rio de Janeiro 1.

Trata-se de Declaração de Compensação Eletrônica – não homologada de débito de IRPJ (cód. 2362-01), relativo ao período de apuração de dez/05, com crédito oriundo de pagamento considerado indevido, a título de PIS/Pasep (cód. 6912), PA dez/04, recepcionada pela RFB em 31/01/2006, tudo conforme se verifica na cópia da PerdComp constante dos autos (fl. 260 e ss).

A autoridade fiscal decidiu não homologar a compensação efetuada, pois entendeu inexistir o direito creditório declarado (fl. 265).

Cientificada da decisão (fl. 269), em 04/03/09, a contribuinte apresentou, em 03/04/09, Manifestação de Inconformidade (fls. 03/10) alegando, em resumo, que:

1. reconhece que parte da compensação que efetuou foi indevida, pois usou Taxa SELIC acumulada em percentual incorreto, por este motivo recolherá a diferença; 2. quanto ao restante da compensação declarada, a correção é do despacho decisório; 3. contribuiu involuntariamente para o equívoco do despacho decisório, pois prestou informações incorretas em documentos fiscais; 4. firmou contratos a preços predeterminados, antes de 31/10/03, com FURNAS, GERASUL/TRACTEBEL, CERJ/AMPLA e SAMARCO, aprovados pela ANEEL, e com prazo de duração superior a um ano; 5. as receitas decorrentes de tais contratos estavam sujeitas à Cofins cumulativa (art. 10, Lei nº 10.833/03); 6. na mesma direção opinou a ANEEL pelo ofício nº 1.431/2006SFF/ ANEEL, juntado ao presente; 7. equivocadamente as referidas receitas foram declaradas como sujeitas à Cofins não cumulativa; 8. ao perceber a falha retificou a contabilidade, mas olvidou de retificar a DCTF; 9. ao constatar a situação apresentou Per/Dcomp, mas cometeu novo equívoco, ensejando compensação parcialmente indevida, cujo débito será quitado como já exposto; 10. ao não retificar a DCTF, induziu a Autoridade a quo a supor que inexistia crédito a restituir/compensar; 11. não obstante os erros que estão sendo corrigidos, é indubitável seu direito de reaver o valor recolhido a maior.

A contribuinte requer a homologação da compensação declarada.

Em 20/04/10, a contribuinte, em Aditamento à Manifestação de Inconformidade, solicita juntada de novas peças aos autos (fls. 278/279).

Os autos foram baixados em diligência (fls. 292/293) para a Autoridade a quo: (1) confirmar as receitas decorrentes de cada contrato no período de apuração do crédito; (2) discriminar e quantificar em tabela específica, quando houver, o crédito relativo a cada contrato.

A Delegacia de origem, então, informou (fl. 390 e seguintes) que a receita bruta (decorrentes dos contratos) somada à receita recebida no mês em exame, diminuída da receita diferida, resultava no total de R\$ 47.308.633,08, equivalendo ao que fora informado pela contribuinte como submetida ao regime cumulativo. A Delegacia, porém, registrou que o valor retido na fonte efetivo não correspondia ao considerado pela contribuinte.

Cientificada, a contribuinte aditou sua Manifestação de Inconformidade, onde alegou, em resumo, que:

1. a diligência constatou que as receitas vinculadas aos contratos no período equivalem ao valor das receitas consideradas no regime cumulativo; 2. divergiu, porém, do total retido, pois a requerente não conseguiu localizar os documentos comprobatórios; 3. optou por desprezar a citada diferença na composição do seu direito creditório.

Pede o reconhecimento do direito creditório no valor remanescente, homologando sua compensação.

Destaque-se que, por meio do Termo de Procedimento Fiscal de Diligência, a Autoridade Fiscal apresentou quadro descritivo das receitas relativas a cada um dos contratos (fl. 392).

Por sua vez, a DRJ/RJ1 entendeu que, não obstante os contratos de fornecimento de energia elétrica atenderem ao requisito previsto alínea *b*, do inciso XI, da Lei nº 10.833/2003, as receitas daí provenientes não permanecem sob o regime de tributação pelo PIS e Cofins não cumulativos, a partir da primeira alteração de preços do contrato; alteração esta que se verificaria ainda que se tratasse de correção pelo índice de correção monetária oficial. Reconheceu, outrossim, o direito creditório no valor de R\$ 48.294,25, relativo ao PIS no período de agosto de 2004. A Ementa da decisão foi assim posta:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 15/09/2004

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 IGPM, sucedâneo do IPCr.

ASSUNTO: PROCESSO AMMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 15/09/2004

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.

Manifestação de Inconformidade Procedente em Parte.

Direito Creditório Reconhecido em Parte

Irresignada a Contribuinte interpôs Recurso Voluntário, mediante o qual alega:

Preliminarmente, que a decisão *a quo* seria nula, por ofensa ao direito de petição, contraditório e ampla defesa, eis que deixou de apreciar, como prova técnica, o Ofício ANEEL nº 1.431/2006, no qual aquele órgão afirma que os índices de reajustamento de preços previstos nos contratos de compra e venda de energia elétrica enquadram-se nas disposições do inciso II, do § 1º, do artigo 27, da Lei nº 9.065/95; representando a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

No mérito, que a expressão preço predeterminado empregada na Lei nº 10.833/2003 já foi, há muito, definida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, através da INSRF nº 21/79, em cujo subitem 3.1 conceitua tal preço como o "fixado contratualmente, sujeito ou não a reajustamento, para execução global" ou, "no caso das construções, bens ou serviços divisíveis" (...) "o fixado contratualmente para cada unidade".

Prossegue o Recorrente afirmando que preço predeterminado significa preço determinado, preço fixo, ou preço certo e que, portanto, as remunerações devidas à Recorrente enquadram-se em tal conceito, pois as atualizações preços visam somente preservar o poder aquisitivo da moeda na data da celebração.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheira Mônica Elisa de Lima.

O Recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Inicialmente, não vislumbro a nulidade suscitada pela Recorrente, visto que o Colegiado *a quo* debruçou-se, sim, sobre o documento oficial emitido pela Agência Nacional Reguladora da Energia de Elétrica. Tanto assim, que, resumindo seu entendimento sobre a manifestação da ANEEL, fez constar, da ementa da decisão, que aquela em "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" .

Ainda que assim não o fosse, o Julgador não está obrigado a enfrentar, um a um os argumentos de defesa, sendo suficiente que apresente motivação clara e válida e fundamentada em suas razões de decidir.

Afasto, portanto, a preliminar de nulidade.

Quanto ao mérito, algumas informações merecem ser reiteradas e certas premissas estabelecidas.

Assim, cabe anotar que a d. Fiscalização, em procedimento de diligência, atestou, nas fls. 390 e 391, que a Contribuinte firmou contratos de longo prazo para fornecimento de energia elétrica com quatro Empresas, sendo elas: FURNAS, empresa de economia mista, dedicada à geração e transmissão de energia elétrica, subsidiária da Eletrobras e vinculada ao Ministério de Minas e Energia; GERASUL (Tractebel), que à época da contratação (1999) era concessionária de serviços públicos de energia elétrica integrante do sistema ELETROBRAS; CERJ (Ampla), Concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica e SAMARCO, empresa de mineração.

As cláusulas contratuais acerca de preço do fornecimento da energia, reajuste e revisão estão previstas nas seguintes passagens dos documentos:

a) Com **FURNAS**;

a.1) preço: Cláusulas 42.1 e 42.2, fl.88;

a.2) reajuste: Cláusula 28.1, fl 78;

Os preços (...) serão reajustados para mais ou para menos, a cada 12 (doze) meses a contar do mês da data limite para a apresentação da Proposta, conforme fórmulas e condições a seguir:

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

Autenticado digitalmente em 05/03/2015 por ANDRADA MARCIO CANUTO NATAL, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por RODRIGO DA COSTA POSSAS, Assinado digitalmente em 06/03/2015 por SIDNEY EDUARDO STAHL, Assinado digitalmente em 18/03/2015 por MONICA ELISA DE LIMA

Impresso em 26/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

$$PPr = PP_0 X (IGPM_I / IGPM_0)$$

Preço da Energia Associada reajustada

$$PEr = PE_0 X (IGPM_I / IGPM_0)$$

Onde;

PPr = Preço da Potência Firme reajustado;

PEr = Preço da Energia Associada reajustada;

PP₀ = Preço da Potência Firme, constante da Cláusula Vigésima Sétima;

PE₀ = Preço da Energia Associada, constante da Cláusula Vigésima Sétima;

IGPM = Índice Geral de Preços no Mercado, calculado pela Fundação Getúlio Vargas e publicado na Revista Conjuntura Econômica.

Os índices de ordem "0" são os correspondentes ao mês da data limite para apresentação da Proposta, setembro de 1997, e os de ordem "1" correspondem aos índices do 12º, 24º, 36º mês e assim sucessivamente, a contar do mês da data limite para apresentação da Proposta, setembro de 1997.

a.3) revisão: Cláusulas 28.4, fl.79 34.1, d, fl.82 e 38.2, fl. 87.

b) Com **GERASUL**:

b.1) preço: Cláusula 27, fl. 137;

b.2) reajuste: Cláusula 28, fls. 137-138;

Preço da Potência Firme reajustada

$$PPr = PP_0 X (IGPM_I / IGPM_0)$$

Preço da Energia Associada reajustada

$$PEr = PE_0 X (IGPM_I / IGPM_0)$$

b.3) revisão: Cláusula 38, fl.147.

c.1) preço: Cláusula 7; fl. 247.

c.2) reajuste: Cláusula 8, fl. 247.

O preço da Energia Elétrica Contratada referido na Cláusula 7ª deste contrato será reajustado no início de cada ano, passando a vigorar em 01 de janeiro, segundo a variação do IGP-M no período compreendido entre 01 de agosto de 2003 e 01 de janeiro de cada ano, considerando como preço base o preço vigente de cada ano em 01 de agosto de 2003, conforme descrito na cláusula 7ª.

c.3) revisão: Cláusula 7, § 1º, fl. 247.

Em cada um dos três contratos acima, podem-se apartar, claramente, os elementos que consubstanciam as variáveis da equação econômico-financeira dos contratos; quais sejam, objeto, preço, reajuste e revisão. Nesta equação leva-se em conta que os encargos (E) do contratado devem ser cobertos pela correspondente e justa remuneração (R). Assim, tem-se que $E=R$

Com efeito, os contratos, tanto entre particulares quanto os ajustados entre estes e a Administração Pública, regem-se, primordialmente pela máxima *pacta sunt servanda*, que determina o cumprimento compulsório do contrato, ou seja, os pactos devem ser cumpridos. Afirma-se, desta maneira, aprioristicamente, a imutabilidade das cláusulas contratuais.

Atua, paralela e complementarmente à cláusula *pacta sunt servanda* o princípio *rebus sic stantibus*, segundo o qual, o ajustado no contrato tem sua compulsoriedade mitigada, em função de fatos supervenientes ao ajuste inicial, a fim de não se lesar nem se promover o enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

Como resultado dessa dicotomia surge a idéia de que o contrato há de ser cumprido obrigatoriamente, permanecendo as coisas na mesma situação em que foram ajustadas. Ou, de outra forma: as obrigações contratuais de trato sucessivo devem ser interpretadas em conformidade com as circunstâncias que lhes serviram de base. Essa mesma conclusão confirma o necessário respeito à equação econômico-financeira do contrato, a equivalência entre encargo e remuneração. *Pacta sunt servanda, rebus sic stantibus* (Os pactos devem ser cumpridos, estando as coisas da mesma forma).

Por sua vez, também a cláusula *rebus sic stantibus* opera em graus e padrões diversos. Assim, os preços avençados podem ser alterados mediante cláusula de revisão ou de simples reajuste. Entende-se por reajuste a mera reposição de perdas de natureza inflacionária, isto é, o contrato é reajustado para que volte a ter o mesmo valor relativo que tinha no momento da avença. Para

Celso Antônio Bandeira de Mello, "

fica explícito no ajuste o propósito de garantir com previdência a equação econômico-financeira, à medida que se renega a imutabilidade de um valor fixo e se acolhe, como um dado interno à própria avença, a atualização do preço". (Curso de

Direito Administrativo. SP, Malheiros, 1998. Apud ARAÚJO, Kleber Martins de. Contratos Administrativos: cláusulas de reajuste de preços e reajustes e índices oficiais. In: Jus Navigandi, 1º ago.2002. <http://jus.com.br/artigos/3132>. Acesso em 12.11.2014).

Ou seja, considerando que o ajuste, ou reajuste das perdas inflacionárias, ou atualização do preço é um dado interno à própria avença, deve-se entendê-lo como uma ratificação continuada do preço; daí porque não se desvincula do preço determinado desde o início da vigência do contrato.

Já a revisão trata de compensar perdas decorrentes de fatos imprevisíveis, ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis, como, por exemplo, o aumento inesperado do preço de determinado insumo, equipamento, a elevação de tributos etc.

A Lei nº 8.666/93, que rege os contratos administrativos pode servir de paradigma para o entendimento das questões ora postas; o que faz sentido, principalmente quando se percebe que alguns dos contratos sob análise têm como partes concessionárias de serviço público e empresa pública, no caso, Furnas. Neste mesmo sentido, cabe lembrar que os contratos de transmissão de energia elétrica e respectiva revisão tarifária são regulados por agência reguladora, diga-se ANEEL e submetidos ao controle do Tribunal de Contas da União - TCU, que a fiscaliza visando à "defesa da estabilidade das regras, do cumprimento dos contratos e da eficiência do jogo regulatório" (Fontenele, Alessandro de Araújo. *O TCU e a revisão tarifária nos contratos de transmissão de energia elétrica*. <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055870.PDF>).

Interessa, pois, colher na lei de licitações e contratos administrativos, definições perfeitamente ajustadas aos conceitos de preço predeterminado, reajustes, revisões:

Lei nº 8.666/93

Quanto ao Reajuste:

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 de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

Quanto à Revisão:

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato,

(...)

Da Alteração dos Contratos

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

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

(...).

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 8º 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.

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

(...)

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, **por aditamento**, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

§ 8º 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.

Ou seja, por ser insito ao contrato, o reajuste dispensa o aditamento, enquanto que, na revisão, necessariamente, há a necessidade e obrigatoriedade do mesmo.

Por oportuno, cabe destacar a manifestação do Tribunal de Contas da União, elucidando como são definidas as tarifas deste tipo de contrato ora em discussão (*Apud Fontenele, Alessandro de Araújo. Op. cit.*). Verifique-se:

Atualmente, as tarifas são definidas pelo órgão regulador, não mais, como eram no passado estatal, em regime de precificação pelo custo do serviço, mas seguindo os princípios de “price-cap”.

Ainda que mais simples que a sistemática de “tarifas pelo custo”, a sistemática atual requer definições regulatórias importantes, especialmente em relação à periodicidade de atualização das tarifas, ao indexador de preços mais adequado, à parcela dos ganhos de eficiência que serão repassados aos consumidores, à parcela que premiará os esforços dos gestores [TCU, 2000].

A definição da metodologia é assim posta: *Price-cap* é um procedimento de definição de tarifas que considera basicamente um teto para os preços médios da concessionária, atualizado periodicamente em função da evolução de um índice de preços ao consumidor, diminuído de uma parcela que reflete ganhos de produtividade e aumentado em função do repasse (parcial ou integral) de aumento de custos não gerenciáveis e não capturados pelo indexador que recompõe a corrosão da inflação (<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055870.PDF>).

Ou seja: O preço da tarifa se atualiza, periodicamente, em função de:

Reajuste: um índice de preços ao consumidor, indexador que recompõe a corrosão da inflação.

Tal índice é diminuído dos ganhos de produtividade, para que se mantenha o equilíbrio e a modicidade.

Revisão: repasse de aumento de custos não gerenciáveis (não abarcados pelo indexador).

As componentes do *price-cap* se verificam, perfeitamente, na precificação adotada nos contratos sob análise (reajuste, revisão); sendo que o objeto desta autuação diz respeito ao item reajuste.

A falta da correção representa enriquecimento ilícito de uma das partes da relação jurídica. Ou seja, a correção monetária, ou reajuste visa a evitar que o valor seja excessivamente pago ou ao contrário, deficitariamente, mantendo-se o valor contratado. Portanto não há de se dizer que, justamente, a manutenção do valor contratado represente violação ao preço predeterminado.

Invoca-se, como ajuda ao deslinde da questão do conteúdo do voto proferido pelo Exmo. Ministro Marco Aurélio, nos autos da ADI 4425/DF, assim transcrito:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.357/DF
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009

VOTO - O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO

Vou adiante e pronuncio o voto quanto à correção, à reposição do poder aquisitivo da moeda, que não é plus. Visa, acima de tudo, evitar o desequilíbrio da equação inicial envolvendo credor e devedor. E, se entendermos que pode haver a utilização de índice que não corresponda ao oficial alusivo à inflação, estaremos mitigando o título judicial e também viabilizando o enriquecimento sem causa do devedor.(g.n.)

Diferente não foi a interpretação do Ministro no julgamento do RE 565.089/SP:

3. DISTINÇÃO ENTRE AUMENTO E REAJUSTE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Atentem para a distinção entre aumento e reajuste. O Direito, tanto o substancial quanto o instrumental, é orgânico e dinâmico, descabendo confundir institutos que têm sentido próprio. Na espécie, não se trata de fixação ou aumento de remuneração – estes, sim, a depender de lei, na dicção do inciso X do artigo 37 da Carta da República. Versa-se o reajuste voltado a afastar os nefastos efeitos da inflação. Objetiva-se a necessária manutenção do poder aquisitivo da remuneração, expungindo-se o desequilíbrio do ajuste no que deságua em vantagem indevida para o Poder Público, a aproximar-se, presente a força que lhe é própria, do fascismo. Não se pode adotar entendimento que implique supremacia absoluta do Estado, em conflito com o regime democrático e republicano.

Consoante a jurisprudência tradicional do Supremo, mostra-se inviável o aumento remuneratório de servidor público por decisão judicial, porquanto o Poder Judiciário não possui função legislativa –Verbete nº 339 da Súmula: “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”. A visão é correta. Não há espaço para a concessão de aumento pela via judicial, mas os recorrentes não buscam

isso. Buscam a indenização pelo descumprimento de um dever jurídico, consistente no inadimplemento de majoração remuneratória para resguardo da equação entre remuneração e trabalho.

A nota ANEEL nº 1.431/2006 citada pela Recorrente diz que o IGPM classifica-se como o índice conceituado no art. 27 da Lei nº 9.069, de 1995. A DRJ, por evidente, está correta quando diz que a Agência Reguladora não tem competência tributária. Só que não é esta a questão. Com efeito, a Nota é, apenas, uma declaração acerca do reajuste correto a ser adotado nos contratos. Trata-se, na verdade, um elemento a mais para se somar à convicção acerca da justeza da adoção do índice, enquanto fator de reajuste contratual.

A esse propósito, saliente-se que o TCU, no exercício das competências que lhe foram atribuídas pelos artigos 70 e 71 da Constituição da República, já se dedicou ao tema da regulamentação tarifária, para os serviços de transmissão de energia elétrica, determinando que a ANEEL exercesse sua atividade regulamentadora tanto no tocante à revisão tarifária, quanto no que se refere ao reajuste. Destacam-se as decisões abaixo:

Decisão nº 300/2001-Plenário:

Determinar à ANEEL que:

8.2.2. ao regulamentar a revisão tarifária para os serviços de transmissão de energia elétrica, preveja mecanismos para repassar aos consumidores possíveis ganhos de alavancagem financeira se a instituição credora for pública; (g.n.)

Acórdão nº 649/2005-Plenário, da relatoria do Exmo. Ministro Walton Alencar Rodrigues:

9.2. determinar à Aneel que:

9.2.1. adote providências para uniformizar a metodologia de cálculo e aplicação da variação do IGP-M e da base de cálculo da taxa média anual de depreciação;(g.n.)

(...)

9.2.6. promova a adequação dos contratos de concessão de serviço público de transmissão de energia elétrica já assinados para incluir mecanismos destinados à redução das tarifas em razão de apropriação de ganhos de eficiência empresarial e/ou redução de custos, conforme dispõe o art. 14, inciso IV, da Lei 9.427/96, e para dar eficácia ao inciso VI da Primeira Subcláusula da Cláusula Terceira desses contratos: (Nova redação dada pelo Acórdão 453/2007 Plenário – Ata 12).

Bem se vê, portanto, que a Nota ANEEL acerca da correção pelo IGPM, na qual se declara ser este o índice adequado aos propósitos do artigo 27, da Lei nº 9.069/95, insere-se, perfeitamente, em sua competência regulamentadora e deve, sim, ser levada em conta quando se está tratando da tributação decorrente dos contratos em tela. Por certo, o Direito Tributário não se faz sozinho, insere-se em um sistema jurídico, não sendo compreensível desconsiderar uma norma que se aplica a um contrato e que atua, não só em seu

conteúdo, como em sua exegese. Conforme transcrito acima, no dizer do Ministro Marco Aurélio, " O Direito, tanto o substancial quanto o instrumental, é orgânico e dinâmico" (ADI 4425/DF).

Neste contexto, cabe lembrar que a consulta feita à ANEEL pela Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica – APINE – teve o fim de ser esclarecido se estaria correto o “enquadramento dos índices utilizados para reajuste de preços dos contratos de compra e venda de energia elétrica celebrados anteriormente a 31/10/2003, nas disposições do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069/95 e, conseqüentemente, no art. 109 da Lei nº 11.196/05 e no § 3º da IN SRF nº 658/06, sejam eles o IGPM ou quaisquer previstos nos contratos padronizados, nos contratos aprovados e/ou homologados pela ANEEL ou contratos celebrados com condições específicas, com base na regulamentação vigente à época”. O Ofício ANEEL nº 1431/2006 levou ao conhecimento dos consulentes que:

(...)

Resta, portanto, hialino que o IGPM é índice que se amolda ao comando legal do art 27 da Lei nº 9.069/95 e, conseqüentemente, no art. 109 da Lei nº 11.196/05 e no § 3º da instrução Normativa SRF nº 658, de 04 de julho de 2006.

(...)

De outra parte, resta ainda esclarecer que, conquanto tais fatos não tenham sido objeto da Nota Técnica nº 224/2006 – SFF/ANEEL, de 16 de junho de 2006, os demais índices previstos nos contratos aprovados e/ou homologados pela ANEEL, bem como nos contratos celebrados com condições específicas, com base na regulamentação vigente à época, na medida em que visam exatamente refletir a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, mantendo o poder de compra da moeda, enquadram-se nas disposições do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069/95 e conseqüentemente, nas disposições do art. 109 da Lei nº 11.196/05 e no §3º do art. 3º da INSRF nº 658/06.(g.n.)

Portanto, ainda que nada se colha das alusões à INSRF nº 658/2006, é o bastante a manifestação do órgão competente atestando que o IGPM, em substituição ao IPC-r, reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados e que é o índice de manutenção do valor da moeda. Esta aferição e divulgação, inegavelmente, se inserem na esfera de competência daquela Agência Reguladora e seus efeitos recaem sobre as demais áreas do ordenamento naquilo que lhes seja pertinente, ainda que a citada Nota não contivesse qualquer menção a nenhuma norma tributária.

Assentados os fatos e as premissas acima, cabe destacar que a controvérsia cinge-se na interpretação do inciso XI, do artigo 10 e artigo 15, da Lei nº 10.833/2003, combinados com os artigos 27, da Lei nº 9.069/95 e 109, da Lei nº 11.196/05; todos em confronto com o alcance das cláusulas contratuais ajustadas pela Contribuinte, ou seja procura-se verificar se as referidas cláusulas se adequam, ou não, inteiramente, aos requisitos legais. Assim, transcreve-se:

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;

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: (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

V - nos incisos VI, IX a XXVII do caput e nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 21/11/2005);

Lei nº 9.069/95

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:

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;

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.

Deixando de lado, pois, a questão da competência para declarar esta ou outra regra, fato é que:

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

Autenticado digitalmente em 05/03/2015 por ANDRADA MARCIO CANUTO NATAL, Assinado digitalmente em 05/03/2015 por ANDRADA MARCIO CANUTO NATAL, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por RODRIGO DA COSTA POSSAS, Assinado digitalmente em 06/03/2015 por SIDNEY EDUARDO STAHL, Assinado digitalmente em 18/03/2015 por MONICA ELISA DE LIMA

Impresso em 26/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

a) A Lei nº 10.833/2003 determina a permanência, no regime cumulativo, das receitas provenientes de contratos de fornecimento, com prazo superior a um ano, a preço predeterminado;

b) A Lei nº 9.069/95, a Lei do Plano Real, estabelece que o IPCr é a correção monetária de obrigação contraída a partir de 1º de julho de 1994;

c) Esta mesma Lei determina que, nos contratos com obrigações para entrega futura, o 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;

d) A Lei nº 11.196/2005 dispõe que, a partir de 1º de novembro de 2003, o reajuste em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, não será considerado para fins da descaracterização do preço predeterminado.

e) Esta mesma Lei completa dizendo que o reajuste em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, não será considerado para fins da descaracterização do preço predeterminado, sendo esta regra aplicável no tocante à manutenção no regime da não cumulatividade, previsto no inciso XI, da Lei 10.833/2003.

Em resumo, em sendo a Nota da ANEEL válida ou não em alguns de seus aspectos, discussão esta despicienda, tem-se que aquilo de sua inegável sua competência foi declinado, isto é, qual grandeza reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados. A resposta dada foi: O IGPM; justamente a regra de reajuste prevista nos contratos assinados pela Recorrente.

Neste passo, importa ressaltar que nossa Corte Superior já se pronunciou, especificamente, sobre a matéria concluindo, no mesmo sentido que aqui vem sendo traçado, considerando que a cláusula de correção não altera o conceito de preço predeterminado:

STJ - REsp 1089998-RJ

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.

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. Data de publicação: 30/11/2011

Região: No mesmo sentido, manifestou-se o e. Tribunal Regional Federal da 3a.

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES COFINS E PIS - REGIME DA NÃO-CUMULATIVIDADE - LEI Nº 10.833/03, ARTIGOS 10, XI, "C", E 15 - CONTRATOS COM PREÇO PREDETERMINADO - NATUREZA NÃO ALTERADA POR MERO REAJUSTE MONETÁRIO - ILEGALIDADE DO ARTIGO 2º, § 2º, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 468, DE 08.11.2004 - IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME DE CUMULATIVIDADE APÓS REVISÃO DO CONTRATO - SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I - Agravo Retido, interposto contra a decisão denegatória da liminar, prejudicado em face da superveniência da sentença.

II - A regra prevista nos artigos 10, XI, "c" e 15, da Lei nº 10.833/03, que sujeita ao anterior regime de cumulatividade do PIS e da COFINS, as receitas dos contratos que especifica, firmados até 31.10.2003 e que tenham preços predeterminados, aplica-se mesmo quando o preço está sujeito a um reajuste previsto no próprio contrato e destinado a mera recomposição monetária para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual, posto que não afeta a substância do negócio jurídico.

III - A norma do artigo 2º, § 2º, da Instrução Normativa SRF nº 468, de 08.11.2004, reiterada no artigo 3º, § 2º, da Instrução Normativa SRF nº 658, de 04.07.2006, que restringiu a aplicação daquela previsão legal apenas ao período até o primeiro reajuste após aquela data, periódico ou não, determinando que a partir de então se aplique o regime da não-cumulatividade às receitas destes contratos, estabelece uma restrição não contida no texto legal, padecendo do vício de ilegalidade.

IV - No caso em exame, o contrato ora examinado prevê em uma cláusula com a regra de "reajuste" periódico anual para recomposição do preço, segundo o IGPM-FGV, que em nada afeta a substância do contrato, mas, em outra cláusula, prevê regra de "revisão" do contrato em razão de criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, o que evidentemente retira a natureza de preço predeterminado por importar em alteração do preço por fato superveniente, eventual e de teor não previsto no contrato.

V - Precedente desta C. 3ª Turma, no julgamento do agravo.

VI - Apelação da impetrante parcialmente provida. Segurança concedida apenas em parte, garantindo à impetrante a manutenção do regime da cumulatividade enquanto ocorrerem meros reajustes periódicos do preço com base na Terceira Subcláusula, e não quando ocorrer a revisão prevista na sua Sétima Subcláusula. (TRF3 - AMS 200561000030222, em 04/09/2008)

Sobre a matéria, em reiteradas ocasiões este e. CARF já se manifestou, concluindo que a cláusula de reajuste pelo IGPM não fere o conceito de predeterminação.

ACÓRDÃO: 3803-005.957

Contribuição para o PIS/Pasep Período de apuração: 01/05/2005 a 31/05/2005 CONTRATOS. PREÇO PREDETERMINADO. DESCARACTERIZAÇÃO. ÍNDICE DE REAJUSTE. IMPOSSIBILIDADE. O preço predeterminado em contrato não perde sua natureza simplesmente pela previsão de reajuste decorrente da correção monetária. Se a pretensão do legislador, a partir da Lei nº 10.833/03, fosse não abarcar os contratos com cláusula de reajuste, o termo apropriado seria preço fixo, que não se confunde com o preço predeterminado. Precedentes judiciais e administrativos. (Relator Belchior Melo de Sousa).

ACÓRDÃO: 3402-001.892

COFINS 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 cláusula de reajuste com base no IGPM. (Relator Gilson Macedo Rosenberg Filho).

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP
PREÇO PREDETERMINADO. REAJUSTE CONTRATUAL.
Constatado que a evolução acumulada do preço da energia elétrica se deu em proporção inferior à variação ponderada de seus insumos, não é descaracterizado o preço predeterminado, com a incidência cumulativa das contribuições de PIS e COFINS. (Relator Rodrigo Mineiro Fernandes)*

ACÓRDÃO 3302001.659

CONTRATOS ANTERIORES A 31 DE OUTUBRO DE 2003. FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS. OBRIGAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO. PREÇO PREDETERMINADO. REAJUSTE. Somente a adoção de índice que represente reajuste acima ao dos custos de produção, Lei nº. 11.196, de 2005, art. 109, implica a sujeição das receitas decorrentes de contrato de fornecimento de bens e serviços de trato sucessivo, ao regime não cumulativo da contribuição. A não comprovação, pela fiscalização, de que o índice adotado pelas partes superou o valor referente aos custos de produção, torna aceitável o índice escolhido pelas partes.

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.

CLÁUSULA DE REAJUSTE. CLÁUSULA DE REVISÃO. CONTRATO PREDETERMINADO. MANUTENÇÃO. A simples existência de cláusula de reajuste e revisão não é suficiente para que o contrato de prestação de serviços perca sua característica de contrato predeterminado, seria preciso comprovar que o valor referente ao aumento da carga tributária foi repassado ao preço do serviço contratado. Ademais, a existência das mencionadas cláusulas estão previstas na própria lei de licitações Lei nº 8.666/93, artigos 57, 58 e 65. (Fabiola Cassiano Keramidas - voto vencedor).

ACÓRDÃO Nº 3302002.601

CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS. 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. (Gileno Gurjão Barreto Relator).

Ressalva deve-se fazer, porém, no que diz respeito ao contrato avençado com a CERJ, no qual se verifica, quanto ao reajuste, 0,25 da variação do igpm e 0,75 da variação do dólar; o que, certamente, fere os preceitos acima, desvirtuando, neste caso, o conceito de preço predeterminado. Verifica-se:

Contrato com a CERJ:

Preço: Cláusula 4, fl. 172 e § 2º da Cláusula 11, fl.182.

As partes acordam que a energia contratada tem um preço de 73,07 R\$/MWh (setenta e seus reais e sete centavos por megawatt-hora), vigente em janeiro de 2001.

PREÇO DA ENERGIA: O preço (em R\$/MWh) estabelecido na Cláusula Quarta do presente CONTRATO, reajustado e revisado conforme as Cláusulas Doze e Treze.

Reajuste: Cláusula 12, §1º, fls. 185.

Parágrafo Primeiro - A partir da DATA DE INÍCIO do CONTRATO, o preço da ENERGIA CONTRATADA indicado na Cláusula Quarta deste CONTRATO será reajustado anualmente no dia 31 de dezembro de acordo com a seguinte fórmula:

$$PE_n = PE_{n-1} * (0,25 * IGPM_n / IGPM_{n-1} + 0,75 * D_n / D_{n-1})$$

Onde:

PE_n : Preço reajustado em R\$/MWh da ENERGIA CONTRATADA em 31.12.2002 e para o período de 12, 24, 36... meses e assim sucessivamente, a contar de do mês de dezembro de 2002;

PE_{n-1}: Preço em R\$/MWh da ENERGIA CONTRATADA para o período de 12, 24, 36... meses e assim sucessivamente, a contar de 31.12.2002;

IGPM_n - IGPM referente a dezembro de 2002 e para o período de 12, 24, 36... meses e assim sucessivamente, a contar do mês de dezembro de 2002;

IGPM_{n-1} - IGPM para o período de 0, 12, 24, 36... meses e assim sucessivamente, a contar da assinatura do CONTRATO;

D_n: Cotação do dólar norte-americano, em R\$ por dólar, para dezembro de 2002 e para o período de 12, 24, 36... meses e assim sucessivamente, a contar do mês de dezembro de 2002, no último DIA ÚTIL do mês de dezembro de cada ano, obtida a partir do SISBACEN, código PTAX800, opção 5;

D_{n-1}: Cotação do dólar norte-americano, em R\$ por dólar, para o período de 0, 12, 24, 36... meses e assim sucessivamente, a contar da assinatura do CONTRATO, no

Processo nº 10730.900920/2009-85
Acórdão n.º **3301-002.606**

S3-C3T1
Fl. 500

último DIA ÚTIL do mês de dezembro de cada ano, obtida a partir do SISBACEN, código PTAX800, opção 5.

Resta claro que o contrato entre a Recorrente e a Empresa CERJ não se subsume ao conceito de preço predeterminado, tal qual descrito na legislação, nas normas emanadas da Agência Reguladora, tampouco encontra-se em sintonia com a Doutrina e Jurisprudência. Isto porque, o IGPM só interfere no reajuste na proporção de 25%, enquanto os restantes 75% são determinados pela cotação do dólar norte-americano.

Do exposto, **voto** por dar provimento parcial ao recurso voluntário, para determinar que a apuração da contribuição, no período em questão, apenas no tocante aos contratos firmados com FURNAS, GERASUL e SAMARCO seja feita no regime cumulativo, com o retorno dos autos à unidade de origem, para a apuração do valor do indébito e o processamento da compensação até o limite do valor deferido.

Mônica Elisa de Lima
Assinado digitalmente

Voto Vencedor

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal

Em que pese o brilhante voto proferido pela ilustre Conselheira Mônica Elisa de Lima, peço licença para discordar em parte de suas conclusões. Em parte porquê estou de acordo com o seu voto quando conclui que a inclusão da variação cambial no cálculo do reajuste desnatura a característica de preço predeterminado. Porém, vou mais além e entendo que o reajuste pelo IGPM também não permite manter no contrato a característica de predeterminação como pretende o contribuinte.

Neste sentido, invoco o § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99, para utilizar como razão de decidir o voto por mim proferido no Acórdão nº 3301-002.196, sessão de 25/02/2014, o qual analisa a possibilidade do reajuste do IGPM descaracterizar o preço predeterminado, abaixo transcrito:

"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 IGP-DI, 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, 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:

(...)

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.*

Portanto, diante do exposto, em atenção à disposição literal da lei tributária, voto por negar provimento ao recurso voluntário."

Desta forma, mantenho o mesmo entendimento e voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Andrada Márcio Canuto Natal – Redator designado.
Assinado digitalmente.

Declaração de Voto

Conselheiro Sidney Eduardo Stahl,

Apesar de concordar com os argumentos expendidos pela Ilustre Relatora, e discordar dos argumentos apresentados pelo voto vencedor, cujos argumentos também são excelentes, tenho que é preciso entender a questão em foco sob um ângulo distinto do ante apontado.

A discussão fundamental do presente processo é determinar se a existência de previsão de incidência de correção monetária no contrato firmado pela Recorrente implicaria em desnaturar o disposto no inciso XI do artigo 10 da Lei n.º 10.833/2003.

Assim dispõe o artigo naquilo que nos interessa (os destaques são nossos):

Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

(...)

XI - as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003:

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

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

Portanto os requisitos para que a receita permanecesse no regime anterior são dois: o **um** que derivasse de contrato com prazo de mais de um ano e; o **dois**, que o preço fosse predeterminado.

Com relação ao primeiro requisito não existe qualquer divergência. Em face do segundo requisito a dúvida que foi suscitada é se a cláusula de reajuste implica ou não em desvirtuar a característica do contrato ser “a preço predeterminado”.

O que é claro é que se não houvesse cláusula de reajuste a discussão não teria sido suscitada.

Por sua vez, o artigo 2º, § 2º, da IN 468/2004, ao conceituar o termo “preço determinado”, estipulou que a existência de cláusula de reajuste o descaracteriza, alterando, conseqüentemente, a situação da pessoa jurídica do regime tributário da cumulatividade para o não cumulativo, assim apontando:

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.

Em primeiro lugar, tenho que é preciso separar o conceito de “repactuação” e o de “correção”.

O reajuste feito por intermédio de repactuação tem com objetivo a revisão de preços, ou seja, de aumentar diretamente o preço do produto ou serviço.

A correção monetária, conforme o próprio nome diz, é o ajuste feitos no valor contratado para evitar a perda de valor da moeda – corrige a moeda, ou seja, é um ajuste feito na economia tendo em base o valor da inflação de um período, objetivando compensar a perda de valor da moeda.

A correção implica na manutenção do preço da moeda e a repactuação no aumento do preço existente. A correção incide sobre a moeda e a repactuação sobre o preço do produto predeterminado.

Cabe lembrar que a introdução de cláusula de reajuste (correção) existe para assegurar às partes a conservação do equilíbrio econômico e financeiro da avença. Deve haver uma permanente equivalência entre os encargos suportados pelas partes.

O que a Lei estabeleceu é que deveria haver preço predeterminado dos bens e serviços contratados, não que não pudesse haver correção monetária, ou melhor, o que a lei exigiu é que **não se reajustasse o preço dos produtos e serviços previamente estabelecidos** em contrato, a Lei **não determinou que a moeda constante do contrato fosse ajustada para que o seu valor fosse mantido**, a Lei ao falar de preço predeterminado quer evitar a repactuação, não a correção.

Reajustar a moeda significa utilizar-se de um dos índices ou de uma “cesta” de índices existentes para refletir a inflação nas avenças, difere de uma repactuação porque **a correção atinge a moeda e a repactuação atinge o preço contratado.**

Esse entendimento não difere da jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores (os destaques são nossos):

“AGRAVO REGIMENTAL NA EXECUÇÃO NA AÇÃO CÍVEL
ORIGINÁRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CORREÇÃO
MONETÁRIA. JANEIRO/89. ÍNDICE. DECISÃO
MONOCRÁTICA. DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA
RESERVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA. EXPURGOS
INFLACIONÁRIOS. ADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA

LEGALIDADE. NÃO-OFENSA.3. União Federal. Pagamento de expurgos inflacionários. Admissibilidade. **A correção monetária não se constitui em um plus, não é uma penalidade, mas mera reposição do valor real da moeda corroída pela inflação.** Agravo regimental desprovido” (STF, AG.REG. NA EXECUÇÃO NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 404-7-SÃO PAULO, RE..MIN. PRESIDENTE, DF 02.04.2004)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ERRO MATERIAL. SUA CORREÇÃO. CÁLCULOS DE LIQUIDAÇÃO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. CORREÇÃO MONETÁRIA. DÉBITOS JUDICIAIS. INCLUSÃO DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PRECLUSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL. APLICAÇÃO DOS ÍNDICES QUE MELHOR REFLETEM A REAL INFLAÇÃO À SUA ÉPOCA. 1...4. **A correção monetária não se constitui em um plus, não é uma penalidade, sendo, tão-somente, a reposição do valor real da moeda, corroído pela inflação.** ...6.ERESP 81583/DF, 3ª Seção, DJ de 17/02/2003, Rel. Min. Jorge Scartezzini:...2 – Na possibilidade (b), hipótese dos autos, este Tribunal tem deferido a pretensão da inclusão de tais figuras monetárias na atualização das dívidas de valor, **porquanto oriundos do processo inflacionário para os quais o cidadão não concorreu para a sua formação, não podendo, desta forma, suportar os efeitos de tais acontecimentos.** Assim, os expurgos inflacionários nada mais são que decorrência da correção monetária... Ademais, **é remansoso nesta Corte Superior que a correção monetária nada acrescenta, tão-somente preserva o valor da moeda aviltada pelo processo inflacionário, não constituindo um plus, mas sim um minus. Essencial, desta forma, a correta apuração desta e seus desdobramentos....**” (STJ - AgRg no Resp 849169/CE; Min. José Delgado, DJU 16/10/2006)

RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS DO DEVEDOR - PROMESSA DE VENDA E COMPRA- RESCISÃO JUDICIAL - DETERMINAÇÃO DE RESTITUIÇÃO PELO PROMITENTE- VENDEDOR DE PARTE DO MONTANTE PAGO - CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS DE MORA - TERMO INICIAL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. **É assente nesta E. Corte de Uniformização Infraconstitucional que a correção monetária não constitui gravame ao devedor, não é um plus na condenação, mas tão-somente fator que garante a íntegra restituição, que representa a recomposição do valor real da moeda aviltada pela inflação.** Destarte, para que a devolução se opere de modo integral a incidência da correção monetária deve ter por termo inicial o momento dos respectivos desembolsos, quando aquele que hoje deve restituir já podia fazer uso das importâncias recebidas....” (STJ - REsp 737856 / RJ ; RECURSO ESPECIAL, 2005/0051240-0, Ministro JORGE SCARTEZZINI, DJU12/12/2006) Todos os grifos são nossos

Por outro lado, tenho que a aplicação da correção monetária como mecanismo de manutenção do preço e não de repactuação se coaduna com o que decidiu o STJ no Acórdão do REsp. 1.035.847 – RS sujeito ao regime 543-c do CPC (os **negritos** são nossos):

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPI. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÉDITO POSTERGADO PELO FISCO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRÉDITO ESCRITURAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA.

1. A correção monetária não incide sobre os créditos de IPI decorrentes do princípio constitucional da não-cumulatividade (créditos escriturais), por ausência de previsão legal.

2. A oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, impedindo a utilização do direito de crédito oriundo da aplicação do princípio da não-cumulatividade, descaracteriza referido crédito como escritural, assim considerado aquele oportunamente lançado pelo contribuinte em sua escrita contábil.

*3. Destarte, a vedação legal ao aproveitamento do crédito impele o contribuinte a socorrer-se do Judiciário, circunstância que acarreta **demora no reconhecimento do direito pleiteado**, dada a tramitação normal dos feitos judiciais.*

4. Consectariamente, ocorrendo a vedação ao aproveitamento desses créditos, com o conseqüente ingresso no Judiciário, posterga-se o reconhecimento do direito pleiteado, exurgindo legítima a necessidade de atualizá-los monetariamente, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 490.547/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.09.2005, DJ 10.10.2005; EREsp 613.977/RS, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 09.11.2005, DJ 05.12.2005; EREsp 495.953/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 27.09.2006, DJ 23.10.2006; EREsp 522.796/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 08.11.2006, DJ 24.09.2007; EREsp 430.498/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 26.03.2008, DJe 07.04.2008; e EREsp 605.921/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 12.11.2008, DJe 24.11.2008).

5. Recurso especial da Fazenda Nacional desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Assim, a correção monetária deverá incidir sobre os referidos créditos a fim de **preservar o seu valor real, conforme os termos expostos no referido acórdão**.

Veja que preservar o seu valor real é mantê-lo, não alterá-lo.

Inclusive é preciso fazer um paralelo: os artigos 202 do Código Tributário Nacional e 2º, § 5º da Lei nº 6.830/1980, preconizam que a inscrição da dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza na medida que contenha todas as exigências legais,

inclusive, a indicação da natureza do débito e sua fundamentação legal, bem como forma de cálculo de juros e de correção monetária.

A finalidade dessa regra de constituição do título é atribuir à CDA a certeza e liquidez inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções arbitrárias.

Por último é preciso apontar que a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro no Direito Positivo brasileiro é ampla e tem, inclusive, fundamento de validade na própria Constituição Federal quando contratado pela administração pública (art. 37, inciso XXI: *“mantidas as condições efetivas das propostas, nos termos da lei...”*).

A mais perfunctória análise desse inciso constitucional nos mostra que correção monetária não corresponde a qualquer modo de

Denota-se que a norma constitucional não utiliza a expressão “equilíbrio econômico-financeiro”, mas refere-se à “manutenção das condições efetivas da proposta, nos termos da lei”, apesar da doutrina referir-se ao texto examinando-o com o primeiro enfoque “manutenção do equilíbrio econômico-financeiro”.

Assim, é possível conceber a correção monetária como forma de manutenção do equilíbrio da equação econômico-financeira contratual, pois visa manter o valor efetivo do preço proposto, referindo-se ao custo do dinheiro. De fato, a correção monetária serve como fator de eliminação da defasagem entre o valor nominal e o valor real da moeda e não como forma de alteração do preço predeterminado.

Nesse sentido, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Sidney Eduardo Stahl