



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

**Processo n°** 10730.900923/2009-19  
**Recurso n°** Especial do Contribuinte  
**Acórdão n°** 9303-008.501 – 3ª Turma  
**Sessão de** 17 de abril de 2019  
**Matéria** 61.612.9999 - PIS - COMPENSAÇÃO - Outros  
**Recorrente** ENEL CIEN S.A  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**

Data do fato gerador: 15/12/2004

REGIME DE INCIDÊNCIA NÃO CUMULATIVA. REQUISITOS.

O reajuste pelo IGPM não reflete o custo de produção nem a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados e, por conseguinte, descaracteriza o contrato reajustado por esse índice como sendo de preço predeterminado, condição *sine qua non* para manter as receitas decorrentes desse tipo de contrato no regime de incidência cumulativa do PIS e da Cofins. No caso, adicionalmente, não foi comprovado que a variação do IGPM teria sido inferior, no período, à variação do índice específico do setor.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Tatiana Midori Migiyama, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Ceconello, que lhe deram provimento. Votou pelas conclusões o conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas.

*(assinado digitalmente)*

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício.

*(assinado digitalmente)*

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge

Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Póssas (Presidente em exercício).

## Relatório

Trata o presente processo de pedido de compensação eletrônico da contribuição para o PIS, relativo ao pagamento a maior, conforme comprovante de arrecadação à e-fl. 260. O pagamento fora efetuado em 15/12/2004, e tributo recolhido era no valor de R\$ 759.004,69, relativo ao período de apuração de 30/11/2004. O pedido foi realizado no PER/DCOMP nº 32381.85065.310106.1.3.04-7809, de acordo com o documento de e-fls. 265 a 269, em 31/01/2006. Parcela de tal crédito visava à compensação de IRPJ do período de apuração de dezembro de 2015, que montava a R\$ 502.206,37.

A DRF em Niterói - RJ emitiu despacho decisório eletrônico de nº 821034960, em 18/02/2009 (e-fls. 270), não homologando a compensação. O despacho informa que considerou o pagamento relativo ao DARF integralmente utilizado para quitação de débitos, não restando crédito disponível para a compensação.

Cientificada do despacho, em 04/03/2009 (e-fl. 274), a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, às e-fls. 03 a 11, em 03/04/2009, reconhecendo, inicialmente, que o crédito que possuía era de apenas R\$ 50.117,57, resultando que deveria ser reformado o despacho decisório, pois remanesceria ainda parte do crédito pleiteado. Informa que realizou pagamento com base em erro de fato, em decorrência de confusão com parte das receitas relativas à contratos de fornecimento de energia elétrica, firmados com preços pré-determinados, não sujeitos à tributação pelo PIS não cumulativo. Erros na declaração em DCTF e respectivo pagamento ignoraram que o PIS efetivamente devido pelo regime não cumulativo deveria ser de R\$ 708.887,12 e não de R\$ 759.004,69. Corrigidos os erros apontados, haveria ainda crédito originário no valor de R\$ 50.117,57 passível de utilização em compensação. Além disso, haveria receitas sujeitas ao PIS cumulativo,

A 5ª Turma da DRJ/RJ2, no documento de e-fls. 298 e 299, em 15/09/2010, propôs a realização de diligência para que se confirmasse as receitas decorrentes de cada contrato do período de apuração do crédito pleiteado no PER/DCOMP, discriminando o crédito relativo a cada contrato. O procedimento de diligência resultou no Termo de Encerramento de e-fls. 398 a 401, datado de 05/01/2012, no qual foi informado que o resultado da receita bruta somada à receita recebida no mês (11/04) diminuída da receita diferida no total de R\$ 46.782.975,14, até um pouco acima daquilo que fora informado pela contribuinte como submetida ao regime cumulativo: R\$ 45.995.553,30. A Delegacia, porém, registrou que o valor retido efetivo não correspondia ao considerado pela contribuinte (fl. 407). A contribuinte tomou ciência das conclusões da diligência em 13/01/2012 (e-fl. 403), e aditou sua manifestação de inconformidade às e-fls. 404 a 408, em 14/02/2012, divergindo do total do valor retido nela apurado mas optou por desprezar a diferença na composição do direito creditório recolhendo, em 10/02/2012, os valores com ela compensados.

Já a 17ª Turma da DRJ/RJ1, em 26/04/2012, apreciou as manifestações da contribuinte, e elaborou o acórdão nº 12-45.816, às e-fls. 412 a 423, que as considerou improcedentes. Isso porque entendeu estarem as receitas decorrentes dos contratos analisados sujeitas à incidência do PIS - não cumulativo, pois os contratos dos quais elas se originavam não tinham preço predeterminado, haja vista serem corrigidos pelo IGPM, alguns a partir de janeiro e outros a partir de outubro de 2004.

Irresignada, a empresa interpôs recurso voluntário ao CARF em 08/06/201210, às e-fls. 429 a 455. Em apertado resumo, extraído do relatório do acórdão recorrido, a contribuinte alega, à e-fl. 491:

*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.*

A 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, no acórdão nº 3301-002.608, apreciou o recurso em 25/02/2015, às e-fls. 487 a 517, e, pelo voto de qualidade, negou provimento ao recurso voluntário. Tal julgado foi assim ementado:

**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.**

O referido acórdão teve a seguinte redação:

*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 Fábria 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.*

Basicamente o voto vencedor afastou a característica de contrato com preço predeterminado para aqueles ajustados pelo IGPM, pois ele não reflete os custos setoriais de produção da contribuinte, empresa do setor de produção de energia elétrica, mas sim um índice genérico de inflação.

### **Embargos da contribuinte**

Intimada para ciência do acórdão nº 3301-002.608, em 08/04/2015 (e-fl. 521), a contribuinte manejou embargos de declaração às e-fls. 523 a 530, em 13/04/2015. Afirma existir omissões no voto condutor do acórdão: a) ao ficar silente com relação ao Ofício nº 1431/2006-SFF/ANATEL, com parecer que aproveitaria à contribuinte; e b) ao não se manifestar sobre a alegação de que deveria ser considerada a expressão preço determinado conforme disposta no art. 10 do Decreto-lei nº 1.598/1977, que igualmente favorece seu entendimento da matéria.

O Presidente da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, no despacho de e-fls. 537 a 539, rejeitou os embargos, por entender inexistentes as omissões apontadas.

### **Recurso especial da contribuinte**

A contribuinte foi cientificada do despacho de admissibilidade dos embargos de e-fls. 537 a 539, em 03/03/2017 (e-fl. 544), e interpôs recurso especial de divergência em 020/03/2017 (e-fl. 548), às e-fls. 549 a 579. Busca apresentar divergência quanto a duas matérias: a) violação ao direito de defesa, por recusa em apreciar todos os argumentos do recurso voluntário; e b) receitas decorrentes de contratos reajustados por índices definidos em resolução da ANEEL que estariam sujeitos ao PIS cumulativo. Indica os acórdãos nº 3402-001.891, nº 3402-001.888 e nº 3301-01.154, para suportar a divergência a); e o aresto nº CSRF/03-04.422 para suportar a divergência b).

Na matéria a) o acórdão paradigma afirma configurar preterição do direito de defesa o não enfrentamento de matéria trazida no recurso voluntário, enquanto o acórdão *a quo*, integrado pelo despacho, que não conheceu dos embargos sobre a matéria, entendeu inexistir a obrigação de enfrentar todos as alegações do recurso.

Já quanto à matéria b), o acórdão recorrido entende que a possibilidade de reajuste pelo IGPM descaracteriza preço predeterminado, no paradigma, índices de reajustes de contratos havidos no setor elétrico, com base em resoluções da ANEEL são tidos como contratos com preço predeterminado.

Em 20/04/2017, o Presidente da 3ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, apreciou o recurso especial de divergência da contribuinte, no despacho de e-fls. 632 a 634, analisando apenas a segunda matéria, com cotejo analítico dos acórdãos paradigma nº 3402-001.891 e nº 3402-001.888. Desse modo, o exame da admissibilidade do pedido em tela revelou-se falho, já que não foi apreciada a primeira matéria apresentada pelo contribuinte e, quanto a segunda matéria, não foi feita qualquer consideração em relação ao acórdão paradigma nº 3301-01.154. Por

essa razão houve despacho para saneamento do feito, da parte deste relator, à e-fl. 651, importando em novo despacho de admissibilidade o recurso especial.

O novo despacho do Presidente da 3ª Câmara, às e-fls. 655 a 661, datado de 19/07/2018, abordou todos os pontos indicados no saneador e afastou o acórdão nº 3301-01.154, por ter sido proferido pelo mesmo colegiado recorrido. Quanto à matéria sobre a nulidade da decisão por falta de apreciação da totalidade dos argumentos do recurso voluntário, não a admitiu por falta de prequestionamento. Relativamente ao despacho anterior, o novo despacho não admitiu matéria nova para a 3 Turma da CSRF.

### **Contrarrazões da Fazenda**

A Procuradoria da Fazenda Nacional teve ciência (e-fl. 635) do despacho de sua admissibilidade de e-fls. 702 a 707, em 19/05/2017, e apresentou contrarrazões, às e-fls. 636 a 647, em 25/05/2017.

Afirma a necessidade de manter-se o acórdão recorrido, com base em Parecer da própria PFN, argumentando também que a utilização do IGPM não reflete a variação de custos do setor elétrico, o que se faria necessário para considerar que os preços alterados por índices sejam considerados predeterminados.

Ao final, requer que seja negado provimento ao recurso especial de divergência do sujeito passivo.

É o relatório.

### **Voto**

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

Quanto ao mérito, a matéria em litígio já foi objeto de análise nesta Turma em muitas oportunidades.

No acórdão nº 9303-007.039, recentemente julgado, em 10/07/2018, que tratou do assunto, em caso de recurso especial da Fazenda, e, com voto do i. Conselheiro Demes Brito, redator designado para o voto vencedor, decidiu a matéria favoravelmente ao Fisco, ou seja: considerando que o reajuste pelo IGPM não reflete o custo de produção nem a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados e, por conseguinte, descaracteriza o contrato reajustado por esse índice como sendo de preço predeterminado.

Tendo em vista que para a mesma contribuinte que ora litiga, relativamente à mesma matéria, a 3ª Turma se pronunciou em análise de lote, na sessão de 07/12/2016, nos acórdãos de nºs 9303-004.452 a 9303-00466, os quais utilizaram como paradigma o primeiro acórdão arrolado, peço vênias para reproduzir a seguir as razões de decidir do voto vencedor da lavra do i. Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal, que penso serem suficientes para o deslinde da questão:

*Passo à discussão da matéria, em relação a qual foi comprovada e demonstrada a divergência de interpretação da norma tributária, que se resume à questão sobre a descaracterização de*

*preço predeterminado pela utilização do IGPM em contrato de energia elétrica, para fins de aplicação do regime cumulativo ou não-cumulativo na incidência da Contribuição para o PIS/Pasep.*

### **Precedentes recentes da CSRF**

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

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

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

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

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

(...)

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

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social Cofins

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

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

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

A mesma conclusão se estende à Contribuição ao PIS."

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

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

*Na ocasião, foram utilizadas como razões de decidir as que constaram do voto de outro Acórdão desta Turma, o de número 9303-003.373 (PAF 19515.722154/201145), de 11/12/2015, relatado pelo Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, cuja ementa ficou assim redigida:*

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

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

CONHECIMENTO. COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

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

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social Cofins

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

REGIME DE INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA. REQUISITOS.

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

(...)

*No Acórdão nº 9303-003.373 ficou claro que o IGPM não poderia ser aceito como índice da variação do custo da produção da energia elétrica ou do custo dos insumos empregados nessa produção.*

*Para assim concluir, o Colegiado tratou do conceito de "preço predeterminado", reconhecendo especial importância às instruções normativas, notas técnicas e pareceres da Secretaria da Receita Federal do Brasil-RFB e da Procuradoria Geral da Fazenda NacionalPGFN1, em detrimento de notas técnicas e resoluções da Agência Nacional de Energia Elétrica-ANEEL, pois, a esta compete a regulação de questões inerentes à geração e à distribuição de energia elétrica e às atividades correlatas, enquanto que à RFB e à PGFN compete o pronunciamento sobre questões tributárias.*

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

*Rendo-me às conclusões do Ilustre Conselheiro Gilson, no voto proferido no Acórdão nº 9303003470, quando o colegiado decidiu por acatar o recurso especial do contribuinte, no sentido de que apesar de o IGPM não representar a variação das custos de produção da energia elétrica, estando comprovado nos autos que sua utilização resultou em reajuste inferior à variação desses custos, penso que não há razão para retirar do contrato a característica de "predeterminado" que exige a Lei para permanência do contribuinte no regime cumulativo. Nesse sentido transcrevo o seguinte trecho do citado acórdão:*

(...)

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

(...)

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

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

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

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

Com todo respeito ao ilustre relator, ousou discordar de sua conclusão.

Inicialmente vejamos o que dispõe o inc. XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003:

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

(...)

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

(...);

b) com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços; Ou seja, da letra clara da lei, somente poderia continuar no regime de apuração cumulativa os contratos que fossem firmados em data anterior a 31/10/2003 e que respeitasse as condições cumulativas constantes da alínea “b”, acima transcrita.

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

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

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

Art. 109. Para fins do disposto nas alíneas b e c do inciso XI do caput do art. 10 da Lei no 10.833, de 29 de dezembro de 2003, o reajuste de preços em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, não será considerado para fins da descaracterização do preço predeterminado. (grifei)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplicase 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](http://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 (IPC; 30%) e do Índice Nacional de Custos da Construção (INCCM; 10%).

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

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

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

*Nestes autos e em outros que cuidam do mesmo assunto, tem-se reconhecido que não há um conceito técnico e determinado do que seja "preço predeterminado". Por causa disto, procura-se elucidar este conceito, às vezes recorrendo a atos, normativos ou não, expedidos por agências reguladoras das atividades desempenhadas pelas contribuintes, às vezes a pareceres expedidos por órgãos incumbidos de tratar de processos de licitação e de contratos celebrados com a Administração Pública, às vezes, recorrendo aos atos expedidos pela RFB e pela PGFN.*

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

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

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

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

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

*Admitindo-se que a lei não contém palavras inúteis, a existência do art. 109 da Lei nº 11.196, de 2005, só se justifica se, sem ele, o conceito de "preço predeterminado" ficasse descaracterizado pelo reajuste de preços baseado no custo de produção ou na variação que refletisse a variação ponderada dos insumos utilizados.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Veja, a seguir, a estrutura desse índice.*

*(...)*

*De acordo com a metodologia de cálculo da FGV para esse índice, os produtos de origem agropecuários representam 28,9738% do IPAM e o de origem industrial os outros 71,0262%, sendo que os subitens relativos às máquinas,*

aparelhos e materiais elétricos correspondem a minguados 1,7674% do IPAM.

Partindo-se da premissa que outros subitens da indústria possam ser utilizados como insumos do setor elétrico eliminando os do setor alimentício, fumo, bebidas, agropecuário, eletrodoméstico, celulose, etc., que não são aplicáveis ao setor de distribuição de energia elétrica vê-se que a participação dos insumos do setor elétrico no IPAM é insignificante, muito insignificante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **CONCLUSÃO.**

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso especial de divergência do sujeito passivo para manter a decisão do acórdão recorrido.

*(assinado digitalmente)*

Luiz Eduardo de Oliveira Santos