



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

Processo nº 10730.900942/2009-45
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-004.464 – 3ª Turma
Sessão de 7 de dezembro de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÕES. PREÇO PREDETERMINADO. CORREÇÃO. IGPM.
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CIEN COMPANHIA DE INTERCONEXÃO ENERGÉTICA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 15/04/2005

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

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

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

Recurso Especial do Procurador Provido.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Tatiana Midori Migiyama, Erika Costa Camargos Autran, Charles Mayer de Castro Souza (Suplente convocado) e Vanessa Marini Cecconello, que lhe negaram provimento.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício e Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Rodrigo da Costa Pôssas, Júlio César Alves Ramos, Tatiana Midori Migiyama, Andrada Márcio Canuto Natal,

Demes Brito, Érika Costa Camargos Autran, Charles Mayer de Castro Souza e Vanessa Marini Ceconello.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial apresentado pela Fazenda Nacional contra o Acórdão nº 3402-001.892, que deu provimento parcial ao recurso voluntário interposto pela contribuinte. Em síntese, o colegiado *a quo* entendeu que o preço predeterminado constante de contrato não perde sua natureza pela previsão de reajuste decorrente da correção monetária com base no IGP-M.

Insatisfeita com a decisão acima apontada a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial, requerendo a reforma do acórdão recorrido, trazendo, em apertada síntese, os seguintes argumentos:

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

O apelo da Fazenda Nacional foi admitido integralmente, nos termos do despacho de exame de admissibilidade do Presidente da Câmara competente.

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

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas, Relator

O julgamento deste processo segue a sistemática dos recursos repetitivos, regulamentada pelo art. 47, §§ 1º e 2º, do RICARF, aprovado pela Portaria MF 343, de 09 de junho de 2015. Portanto, ao presente litígio aplica-se o decidido no Acórdão 9303-004.452, de

07/12/2016, proferido no julgamento do processo 10730.900910/2009-40, paradigma ao qual o presente processo foi vinculado.

Transcreve-se, como solução deste litígio, nos termos regimentais, o entendimento que prevaleceu naquela decisão (Acórdão 9303-004.452), quanto à admissibilidade do recurso e quanto o mérito.

Voto Vencido

Deixa-se de transcrever a íntegra do voto vencido apresentado pela Conselheira Tatiana Midori Migiyama, por ter sido apresentado no Acórdão 9303-004.452 (processo paradigma). Transcreve-se, tão-somente, a parte relativa à admissibilidade do recurso, que foi acatada pelo Colegiado por unanimidade, e, no mérito, fragmentos do voto vencido, que resumem o entendimento adotado por parte dos integrantes do Colegiado, que votaram por negar provimento ao recurso da Fazenda:

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

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

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

(...)

Ademais, cabe trazer ainda que o sujeito passivo apresentou Ofício 1431/2006 – SFF/Aneel – afirmando que os índices por ela aprovados ou homologados, bem como nos contratos celebrados nos moldes dos examinados nesse processo “visam exatamente refletir as variação ponderada dos custos dos insumos utilizados”.

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

Ante todo o exposto, entendo que o reajuste de preços efetuado nas condições descritas no artigo 27 da Lei nº 9.069/95, independentemente do índice utilizado, não descaracteriza a condição de preço predeterminado do contrato e, consequentemente, a sua manutenção no regime cumulativo, previsto na Lei nº 9.718/98.

Frise-se tal entendimento a Solução de Consulta da 8ª Região 390 de 2006 - Os reajustes de preço de venda de energia elétrica determinados ou autorizados pela ANEEL, conforme procedimento previsto em cláusula de contrato de venda de energia, os quais expressem exclusivamente a variação de custos do

gerador/vendedor, reconhecida por aquela agência, são aceitáveis para efeito do que dispõe o art. 109 da Lei 11.196/05, não descaracterizando o fornecimento a preço predeterminado."

Quanto ao voto vencedor transcreve-se sua íntegra, pois traz o entendimento que prevaleceu no Acórdão 9303-004.452 (paradigma), e que deve ser adotado na solução deste litígio:

Voto Vencedor

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

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

Precedentes recentes da CSRF

Observo que fui redator do voto vencedor do Acórdão de número 3301-002.196, de 25/02/2014, processo nº 16349.720019/2011-36, que possui a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

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

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

(...)

Este acórdão foi objeto de recurso especial da contribuinte, que foi provido em julgamento realizado em 24/2/2016. Eis a ementa do Acórdão nº 9303-003.470, por meio do qual se reformou referida decisão:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

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

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

A mesma conclusão se estende à Contribuição ao PIS."

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

Naquele processo, relatado pelo então Conselheiro Gilson Macedo 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 19515.722154/2011-45), de 11/12/2015, relatado pelo Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, cuja ementa ficou assim redigida:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

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

CONHECIMENTO. COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

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

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

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

REGIME DE INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA. REQUISITOS.

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

(...)

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

Para assim concluir, o Colegiado tratou do conceito de "preço predeterminado", reconhecendo especial importância às instruções normativas, notas técnicas e pareceres da Secretaria da Receita Federal do Brasil-RFB e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional-PGFNI, 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.

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...);

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se desde 1º de novembro de 2003.

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

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

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

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

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

27. A fim de esclarecer qualquer dúvida, faz-se necessário distinguir “índices de preços setoriais” de “índices de custos setoriais”. Índice de preços setoriais reflete a **inflação** a que foi submetido um determinado setor. Já índice de

custos setoriais, como o próprio nome indica, reflete os **custos** envolvidos na atividade de um dado setor.

29. Segundo informações constantes do sítio da FGV na internet (www.fgv.br), o IGPM, principiou a ser calculado a partir de junho de 1989, por solicitação de um grupo de entidades de classe do setor **financeiro**, liderado pela Confederação Nacional das Instituições **Financeiras**, em decorrência das constantes mudanças ocorridas nos indicadores da **correção monetária** e da **inflação oficial**. Esse índice origina-se da média ponderada do Índice de Preços por Atacado (IPAM; 60%), do Índice de **Preços** ao Consumidor (IPCM; 30%) e do Índice Nacional de Custos da Construção (INCCM; 10%).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conforme afirmamos acima o IGP-M não reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados pela contribuinte, nem expressa a variação específica dos custos de sua produção. A este respeito, vejamos os seguintes excertos do voto vencedor do Acórdão nº 9303-003.373, já citado acima, que aprovo e adoto neste voto:

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

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

Como dito anteriormente, o IGP-M é composto de 3 índices, o IPA-M, O IPC-M e o INCC-M.

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

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 IPA-M e o de origem industrial os outros 71,0262%, sendo que os subitens relativos às máquinas, aparelhos e materiais elétricos correspondem a minguaos 1,7674% do IPA-M. 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 IPA-M é insignificante, muito insignificante.

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

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

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

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

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

Conclusão.

Por todo exposto, em especial, por entender que o reajuste pelo IGP-M não reflete o custo de produção nem a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados e, por conseguinte, descaracteriza o contrato reajustado por esse índice como de preço predeterminado; que a contribuinte não comprovou que o resultado da variação pelo IGP-M foi igual ou inferior ao resultado da variação em função do custo de produção ou da variação ponderada dos custos dos insumos utilizados; que o ônus da prova recai sobre quem alega um direito, por aplicação do art. 333

do CPC; concluo que no presente caso a Contribuição para o PIS/Pasep deve incidir no regime não-cumulativo, motivo pelo qual voto por dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional. O que foi decidido aqui tem validade também para os processos da Cofins, com os mesmos fundamentos.

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

Aplicando-se a decisão do paradigma ao presente processo, em razão da sistemática prevista nos §§ 1º e 2º do art. 47 do RICARF, conheço do recurso especial da Fazenda Nacional, e, no mérito, dou-lhe provimento.

assinado digitalmente

Rodrigo da Costa Pôssas