ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10880.728147/2011-14

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

Processo nº	10880.728147/2011-14
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3301-003.645 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	24 de maio de 2017
Matéria	COFINS E PIS/PASEP - REGIME DE APURAÇÃO
Recorrente	CESP - COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/12/2004 a 30/11/2005

COMPENSAÇÃO. PIS/PASEP E COFINS. REAJUSTE CONTRATUAL. IGP-M. DESCARACTERIZAÇÃO DE PREÇO PREDETERMINADO. NÃO PERMANÊNCIA NO REGIME CUMULATIVO DE APURAÇÃO.

O contrato de fornecimento de energia elétrica fora firmado em 2000, antes portanto de 31/10/2003, enquadrando-se, em parte, nos termos da exceção de permanência no regime cumulativo prevista no art. 10, XI, "c)" da Lei n° 10.833/2003. Tal contrato prevê o reajuste do preço da energia pela variação do IGP-M. Em sendo índice geral de preços, medida abrangente do movimento de preços, não é função do custo de produção, tampouco variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados no fornecimento de energia. Pelo art. 3º da IN SRF nº 658/06, preço predeterminado é "aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato" e o "caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação [...] da primeira alteração de preços decorrente da aplicação" de cláusula contratual de reajuste ou de regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Qualquer alteração nesse "valor fixado", seja a título de correção monetária, seja de revisão de preços, desfaz a predeterminação do preço, descaracterizando-a. A única exceção é a do art. 109 da Lei n° 11.196/2005, quando 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, que não é o caso do IGP-M.

REAJUSTE EM PERCENTUAL NÃO SUPERIOR ÀQUELE CORRESPONDENTE AO ACRÉSCIMO DOS CUSTOS DE PRODUÇÃO OU À VARIAÇÃO DE ÍNDICE QUE REFLITA A VARIAÇÃO PONDERADA DOS CUSTOS DOS INSUMOS UTILIZADOS. REGRA DO § 3º DO ART. 3º DA IN SRF Nº 658/2006 TEM ALCANCE E AMPLITUDE DETERMINADO PELO ART. 109 DA LEI Nº 11.196/05.

Não será qualquer reajuste de preços, em percentual não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, que não descaracteriza o preço predeterminado; mas um reajuste de preços que também seja função do custo de produção ou ser variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

NOTA TÉCNICA DA ANEEL. NÃO TEM VALOR NORMATIVO OU VINCULANTE NA ESFERA TRIBUTÁRIA.

Manifestação da ANEEL acerca da qual reajuste caracteriza ou não o preço predeterminado não tem qualquer valor normativo ou vinculante.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/12/2004 a 30/11/2005

PIS/PASEP E COFINS. LANÇAMENTO. IDENTIDADE DE MATÉRIA FÁTICA. DECISÃO. MESMOS FUNDAMENTOS.

Aplicam-se ao lançamento do PIS/Pasep as mesmas razões de decidir aplicáveis à Cofins, quando ambos os lançamentos recaírem sobre idêntica situação fática.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário apresentado, mantendo integralmente o crédito tributário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Marcelo Costa Marques D'Oliveira, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões (Relatora) e Semíramis de Oliveira Duro. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho. O Conselheiro Valcir Gassen votou pelas as conclusões.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto do Couto Chagas - Presidente.

(assinado digitalmente)

Maria Eduarda Alencar Câmara Simões - Relatora.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto do Couto Chagas (Presidente), José Henrique Mauri, Marcelo Costa Marques D'Oliveira, Marcos Roberto da Silva, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Semíramis de Oliveira Duro e Valcir Gassen.

Relatório

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório constante da decisão recorrida (fls. 379/390 dos autos), abaixo transcrito:

> Trata o presente processo do tratamento manual do PER/DCOMP nº 32776.79083.130706.1.3.04-1103 (fls. 03 a 09), transmitido pelo contribuinte acima identificado em 13/07/2006. Posteriormente, foram apresentados outros PER/DCOMP, juntados ao presente por meio dos processos apensos (fls. 10 a 33). Nas referidas declarações a empresa informa como origem do direito creditório pagamentos de Cofins e PIS não-cumulativos, relativos aos períodos de apuração 12/2004 a 11/2005.
>
> Às fls. 270 a 278 consta despacho decisório proferido pela Derat/São Paulo/SP em 12/07/2011, não reconhecendo o direito creditório pleiteado e não homologando as compensações pretendidas nos PER/DCOMP acima mencionados, considerando os seguintes fundamentos:
>
> - O contribuinte alega, em síntese, que os contratos de venda de energia elétrica por ele celebrados são anteriores a 31/10/2003, não se aplicando os efeitos da Lei nº 10.833/2003, que instituiu o regime de incidência não cumulativa para a Cofins, nos termos de seu art. 10-XI, alínea "c";
>
> - Entende que, com a edição da Lei nº 11.196/2005, art. 109, as receitas decorrentes de tais contratos passaram a ser tributadas pelo regime da cumulatividade;
>
> - A empresa refez a apuração do Pis e da Cofins para estas receitas no período de dez/2004 a nov/2005, o que levou ao surgimento dos créditos pleiteados;
>
> - Analisando as planilhas apresentadas pelo contribuinte, conclui-se que houve mudança nas receitas de duas rubricas: "Suprimento – Contrato Inicial – CT", que passaram por completo para o regime cumulativo, e "Fornecimento", que teve aproximadamente 1/3 de seu valor transferido para a rubrica "Fornecimento (CBA – REXAN) e tributado pelo regime cumulativo;
>
> - Analisando-se o Livro Razão da requerente, vê-se que se trata de receitas de contratos básicos com diversas empresas, cujas partes relevantes constam às fls. 127 a 202;
>
> - A questão a ser analisada centra-se na interpretação da aplicação do art. 10, XI, da Lei nº 10.833/03, em decorrência do superveniente art. 109 da Lei nº 11.196/05, sendo necessário decidir se o reajuste dos contratos apresentados pelo contribuinte levaram à descaracterização do preço predeterminado dos mesmos;
>
> - O próprio contribuinte afirma que seus contratos tinham cláusulas de reajuste pelo IGPM para recomposição da inflação do período, o que se verifica também pela análise dos referidos contratos;

- Dispõem sobre a questão os arts. 10-XI e 15 da Lei nº 10.833/2003, além da IN/SRF nº 468/2004, segundo a qual os contratos que contiverem cláusula de reajuste ou de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (revisão) deixam de ser considerados a preço predeterminado a partir da data em que ocorrer a primeira revisão ou reajuste, posteriormente a 31/10/2003.

- Esta IN foi revogada pela IN/SRF nº 468/2006, em razão da edição da Lei nº 11.196/2005;

- Para a RFB, os contratos do setor elétrico em geral não se enquadram na regra transitória de tributação pelo regime cumulativo para contratos de longo prazo de fornecimento de bens a preços predeterminados, entendendo que tais contratos, ou não se subsumem nas características de "contrato de fornecimento de bens e serviços", ou não se caracterizam como "contratos a preços determinados", sendo este o nosso caso;

- Assim, quanto ao enquadramento no conceito de contrato de fornecimento de bens, seriam excluídos da categoria os Contratos de Concessão do Serviço Público de Transmissão, bem como os contratos de Prestação de Serviço de Transmissão (CPST);

- Os três demais tipos de contrato utilizados no setor elétrico (Iniciais, Bilaterais e de Uso do Sistema de Transmissão - CUST), por serem reajustados em função de um índice geral de preços, o IGPM, não podem, ser reconhecidos como contratos a preços predeterminados;

- Tal entendimento provem da interpretação do art. 109 da Lei nº 11.196/05, estabelecida no art. 3º da IN/SRF nº 658/06, e, especificamente para o setor elétrico, na Nota Técnica Cosit nº 1/2007, na qual se conclui que apenas 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 não será considerado para fins da descaracterização do preço predeterminado;

- Assim, o reajuste de preços pautado em índices como o IGPM retira do contrato a qualidade de ser "a preço predeterminado";

- A ANEEL posicionou-se de forma contrária ao entendimento da RFB e sobre tal discordância já se pronunciou a PFN, por meio do Parecer PGFN/CAT nº 1610/2007;

- Assim, conclui-se que os contratos anteriores a 31/10/2003 apresentados pelo contribuinte e cujas receitas constam nas rubricas "Suprimento – Contrato Inicial – CT" e "Fornecimento (CBA – REXAN)" não se caracterizam como "contratos a preço predeterminado" porque sua forma de ajuste à variação de preços está em desconformidade com as modalidades de ajuste não descaracterizadoras previstas no art. 109 da Lei nº 11.196/2005;

- Logo, as retificações nos DACON e nas DCTF que resultaram nos alegados créditos foram indevidas, não havendo que se falar em restituição de valores pagos a maior;

- Tais receitas devem, portanto, ser tributadas pelo regime não-cumulativo, como declarado originalmente.

Cientificado desta decisão em 12/07/2011 (fl. 280), o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade tempestivamente em 12/08/2011 (fls. 285 a 293), alegando, em resumo, que:

- Os contratos de venda de energia da requerente eram, em sua grande maioria, no momento da edição da Lei nº 10.833/2003, anteriores a 31/10/2003, portanto não se lhes aplicando seus efeitos;
- Tais contratos tinham cláusula de reajuste pelo IGPM para recomposição da inflação do período, o que, no entendimento da requerente até aquele momento, descaracterizaria a condição de preço predeterminado, sendo tributados a partir destes reajustes pelo regime não cumulativo;
- Entretanto, foi publicada a Lei nº 11.196/2005 (art. 109);
- Logo, os créditos pleiteados, objeto dos PER/DCOMP em análise, são oriundos do recálculo decorrente da reformulação do entendimento inicial da requerente, com a base legal referenciada;
- A autoridade fiscal, ao analisar tais pedidos, inovou na interpretação da norma;
- Em nenhum momento a decisão contestada se insurgiu ao reconhecimento do enquadramento da recorrente na situação prevista pelas Leis nºs 10.833/2003 e 11.196/2005, sendo pacífica a jurisprudência tutelando o direito da recorrente, conforme decisão judicial citada;
- Os argumentos da autoridade fiscal relativos ao índice de reajuste aplicado nos contratos em questão não se sustentam, pois configura-se abuso da interpretação extensiva da norma em detrimento ao direito do contribuinte, o que o ordenamento não permite (arts. 111 e 112 do CTN);
- Esquecendo-se de tais princípios, a autoridade fiscal exacerbou em sua análise, cabendo trazer à luz a Nota Técnica nº 224/2006 – SFF/ANEEL a respeito do assunto;
- Diante do exposto, resta demonstrada a insubsistência e improcedência do indeferimento.

Ao analisar o caso, a DRJ entendeu por julgar improcedente a Manifestação de Inconformidade, conforme decisão cuja ementa transcreve-se a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/12/2004 a 30/11/2005

COFINS. PREÇO PREDETERMINADO. REAJUSTE CONTRATUAL.

A partir de 01/02/04, para fins de apuração da COFINS, o preço predeterminado não é descaracterizado apenas quando o reajuste de preços se dá em percentual não superior ao correspondente ao acréscimo dos custos

de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/12/2004 a 30/11/2005

PIS. PREÇO PREDETERMINADO. REAJUSTE CONTRATUAL.

A partir de 01/02/04, para fins de apuração do PIS, o preço predeterminado não é descaracterizado apenas quando o reajuste de preços se dá em percentual não superior ao correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Naquela oportunidade, a julgadora fundamentou o seu entendimento, primordialmente, no parágrafo 3º do art. 3º da IN/SRF nº 658/2006, que ressalvaria a descaracterização do preço predeterminado apenas nos casos de utilização de índice de reajuste que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, ou, ainda, da própria variação dos custos de produção, situações em que, segundo o seu entendimento, não se enquadraria o IGPM, por ser um índice que apura a variação dos preços de uma forma geral. Mencionou, ainda, a Nota Técnica COSIT nº 01/2007 e a Solução de Consulta COSIT nº 13/2008.

O contribuinte foi intimado da referida decisão em 06/11/2013 (vide AR de fl. 394 dos autos) e, insatisfeito com o seu teor, interpôs tempestivamente em 04/12/2013 Recurso Voluntário, por meio do qual alegou, resumidamente:

- Nos termos do art. 10, inciso XI, alínea c e art. 15, inciso V, da Lei nº 10.833/2003, permaneceriam sujeitas à regras da cumulatividade o PIS e a COFINS incidentes sobre as receitas relativas a contratos firmados anteriormente à 31 de outubro de 2003 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.

- Que o reajuste do contrato pelo IGPM não equivale a preço variável, que oscila no decorrer do contrato em detrimento de fato superveniente e de acordo com o previsto nas cláusulas contratuais, mas somente se presta a conservar o valor real do preço, o que não descaracterizaria a sua condição de preço predeterminado indicado na Lei 10.833/2003.

- Que o art. 109 da Lei nº 11.196/2005, bem como a IN/SRF nº 658/2006 viriam dirimir qualquer dúvida sobre o assunto.

- A própria ANEEL emitiu a Nota Técnica nº 224/2006, dispondo que a incidência de PIS e COFINS nos contratos licitados antes de 31/10/2003 permanecem no regime cumulativo por se caracterizarem como de preço predeterminado.

- Que a Associação Brasileira de Produtores Independentes de Energia Elétrica - APINE consultou a ANEEL sobre ajustes de preços previstos em cláusulas contratuais no setor elétrico, tendo obtido resposta de que o IGPM é o índice de reajuste aceito pelo Poder Concedente em todos os contratos de concessão de distribuição assinados com a União Federal por refletir mais adequadamente as variações de preços do setor elétrico.

- Traz decisões do STJ e do TRF da 4ª Região, no sentido de que: o preço predeterminado não perderia a sua natureza simplesmente por conter cláusula de reajuste decorrente da correção monetária, inclusive quando adotado o IGPM; bem como de que a IN nº 468/2004 seria ilegal.

- Pugna, então, o acolhimento do seu recurso, no intuito de que sejam homologadas as declarações de compensação objeto do presente feito.

Os autos, então, vieram-se conclusos para análise do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Maria Eduarda Alencar Câmara Simões:

O Recurso Voluntário é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Consoante acima narrado, o cerne da presente contenda é identificar se as receitas relativas a contratos firmados anteriormente à 31 de outubro de 2003, que tinham o IGPM como índice de reajuste, estão sujeitas ao regime cumulativo ou não-cumulativo. Em outras palavras, cinge-se na interpretação da aplicação do art. 10, XI, da Lei nº 10.833/03, em decorrência do superveniente art. 109 da Lei nº 11.196/05, sendo necessário decidir se o reajuste dos contratos apresentados pelo contribuinte (IGPM) leva à descaracterização dos mesmos como "preço predeterminado".

Como é cediço, o regime não-cumulativo da COFINS foi instituído pela Lei nº 10.833/2003, a qual trouxe exceções em seu art. 10, inclusive as descritas no seu inciso XI, as quais mantiveram-se sob o manto do regime cumulativo:

> *Art. 10.* ***Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º****:*
>
> *(...).*
>
> *XI -* ***as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003****:*
>
> *a) com prazo superior a 1 (um) ano, de administradoras de planos de consórcios de bens móveis e imóveis, regularmente autorizadas a funcionar pelo Banco Central;*

> *b) com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços;*
>
> *c) de construção por empreitada ou* ***de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços contratados com pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, bem como os contratos posteriormente firmados decorrentes de propostas apresentadas, em processo licitatório, até aquela data****;*

Tais exceções, inclusive, foram estendidas ao PIS, por meio do inciso V do art. 15, também da Lei nº 10.833/2003, *in verbis*:

> *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****:*
>
> *V - nos incisos VI,* ***IX a XXVII do caput*** *e nos §§ 1º e 2º* ***do art. 10 desta Lei****;*

Ou seja, com base na legislação acima transcrita, sujeitar-se-iam ao regime da cumulatividade as receitas relativas a contratos 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, firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003. Ou seja, para se enquadrar nesta exceção, é imprescindível que o contrato, além de ter sido firmado anteriormente a 31 de outubro de 2013, possua preço predeterminado.

Para a solução da presente lide, então, imprescindível que se identifique o que deve ser considerado como preço predeterminado. Sobre o assunto, a IN/SRF nº 468/2004, já revogada, assim dispunha:

> *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****.*
>
> *§ 3º* ***Se o contrato estiver sujeito a regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro****, nos termos dos arts. 57, 58 e 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993,* ***o caráter predeterminado do preço subsiste até a eventual implementação da primeira alteração nela fundada após a data mencionada no art. 1º****.*

Ato contínuo, foi publicada a Lei nº 11.196/2005, que admitiu expressamente exceções à descaracterização do preço predeterminado, ao assim dispor:

> *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****.*

Ou seja, o reajuste de preços em função do custo da produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do parágrafo 1º do art. 27 da Lei nº 9.069/1995, não será considerado para fins de descaracterização do preço predeterminado.

Ainda sobre o assunto, foi editada a IN nº 658/2006, que revogou a IN/SRF nº 468/2004, ao assim dispor:

> *Art. 3º Para efeito desta Instrução Normativa, preço predeterminado é aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato.*
>
> *§ 1º Considera-se também preço predeterminado aquele fixado em moeda nacional por unidade de produto ou por período de execução.*
>
> *§ 2º **Ressalvado o disposto no § 3º,** o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação, após a data mencionada no art. 2º, da primeira alteração de preços decorrente da aplicação:*
>
> *I - de cláusula contratual de reajuste, periódico ou não; ou*
>
> *II - de regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos dos arts. 57, 58 e 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*
>
> *§ 3º **O reajuste de preços, efetivado após 31 de outubro de 2003, em percentual não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, não descaracteriza o preço predeterminado**.*
>
> *Art. 4º Na hipótese de pactuada, a qualquer título, a prorrogação do contrato, as receitas auferidas depois de vencido o prazo contratual vigente em 31 de outubro de 2003 sujeitar-se-ão à incidência não-cumulativa das contribuições.*

A Lei nº 9.069/1995, mencionada acima, por seu turno, assim dispõe:

> *Art. 27. **A correção**, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária contraída a partir de 1º de julho de 1994, inclusive, **somente poderá dar-se pela variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor, Série r - IPC-r**.*
>
> *§ 1º **O disposto neste artigo não se aplica**:*
>
> *I - às operações e contratos de que tratam o Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e o art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994;*
>
> *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**;*

No caso ora analisado, é incontroverso que os contratos firmados pela Recorrente são anteriores a 31/10/2013 e que apresentam como índice de correção o IGPM. O que se encontra em discussão, portanto, é se a adoção do IGPM retiraria do preço descrito em seu contrato o caráter de predeterminado, nos moldes do que dispõe o inciso XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003 e as demais normas acima indicadas.

Segundo a decisão recorrida, a resposta seria positiva, visto que o IGPM seria um "índice que apura os preços de uma forma geral, não se constituindo em índice específico de nenhuma categoria ou produto" (vide fl. 386 dos autos). Logo, segundo entendeu a julgadora, não estaria o IGPM enquadrado no disposto no parágrafo 3º do art. 3º da IN nº 658/2006 (art. 27, parágrafo 1º, inciso II da Lei nº 9.069/95), uma vez que não refletiria a

"variação ponderada dos custos dos insumos utilizados" na produção do serviço prestado pela autuada.

Discordo, contudo, da conclusão ali indicada.

Consoante narrado acima, o inciso XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003 trazia como requisito para a permanência no regime cumulativo apenas que o contrato tivesse preço predeterminado, não trazendo nenhuma restrição relativa aos reajustes.

O limitador em questão veio inicialmente através da IN/SRF nº 468/2004. Ocorre que não poderia a referida IN trazer restrição não disposta em lei, visto que assim procedendo findou por aumentar a alíquota tributária aplicada ao contribuinte, em total desrespeito ao princípio da Legalidade.

Até porque, importante mencionar que, quando da edição da Lei nº 10.833/2003, encontrava-se em vigor a IN 21/79, que assim dispunha acerca do preço predeterminado:

> *3.1 - Preço predeterminado é aquele fixado contratualmente,* ***sujeito ou não a reajustamento****, para execução global; no caso de construções, bens ou serviços divisíveis, o preço predeterminado é o fixado contratualmente para cada unidade.*

Logo, infere-se que, ao adotar o termo "preço predeterminado", pretendia a Lei nº 10.833/2003 seguir a previsão legal disposta na IN 21/79 supra transcrita, vigente à época. Eventual alteração dessa interpretação, portanto, somente poderia ser realizada por norma de mesma hierarquia ou superior.

Destaque-se, outrossim, que não se está aqui afastando a aplicação da IN/SRF nº 468/2004 por inconstitucionalidade, o que seria vedado pela súmula nº 02 deste Conselho. Está-se, em verdade, reconhecendo a sua total inaplicabilidade face ao disposto na Lei nº 10.833/2003, norma de hierarquia superior, cuja observância é obrigatório por este Conselho.

Este, inclusive, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, consoante decisões consubstanciadas nas ementas dos RESP nº 1089998RJ e RESP nº 1169088, respectivamente:

> TRIBUTÁRIO. COFINS. REGIME DE CONTRIBUIÇÃO. LEI N. 10.833/03. INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 468/2004. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.
> 1. Cuida-se de recurso especial interposto pelo contribuinte, questionando o poder regulamentar da Secretaria da Receita Federal, na edição da Instrução Normativa n. 468/04, que regulamentou o art. 10 da Lei n. 10.833/03.
> 2. O art. 10, inciso XI, da Lei n. 10.833/03 determina que os contratos de prestação de serviço firmados **a preço determinado** antes de 31.10.2003, e com prazo superior a 1 (um) ano, **permanecem sujeitos** ao regime tributário da cumulatividade para a incidência da COFINS. (Grifo meu.)
> 3. A Secretaria da Receita Federal, por meio da Instrução Normativa n. 468/04, ao definir o que é "**preço predeterminado**", estabeleceu que "*o caráter predeterminado do preço subsiste* ***somente até*** *a implementação da primeira alteração de preços* " e, assim, acabou por conferir, de forma reflexa, aumento das alíquotas do PIS (de 0,65% para 1,65%) e da COFINS (de 3% para 7,6%).
> 4. **Somente é possível a alteração, aumento ou fixação de alíquota tributária por meio de lei, sendo inviável a utilização de ato infralegal para este fim, sob pena de violação do princípio da legalidade tributária**.

> 5. No mesmo sentido do voto que eu proferi, o Ministério Público Federal entendeu que houve ilegalidade na regulamentação da lei pela Secretaria da Receita Federal, pois "*a simples aplicação da cláusula de reajuste prevista em contrato firmado anteriormente a 31.10.2003 não configura, por si só, causa de indeterminação de preço, uma vez que não muda a natureza do valor inicialmente fixado,* ***mas tão somente repõe, com fim na preservação do equilíbrio econômico-financeiro entre*** as partes, a desvalorização da moeda frente à inflação ." (Fls. 335, grifo meu.)
>
> ***
>
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ART. 535, II, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. INTIMAÇÃO PESSOAL DA FAZENDA. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. NATUREZA PREVENTIVA. SÚMULA 7/STJ. ART. 10, XI, "B' DA LEI 10.833/03. CONCEITO DE PREÇO PREDETERMINADO. IN SRF 468/04. ILEGALIDADE. PRECEDENTE. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. MULTA. AFASTAMENTO. SÚMULA 98/STJ.
> 1. O provimento do recurso especial por contrariedade ao art. 535, II, do CPC pressupõe seja demonstrado, fundamentadamente, entre outros, os seguintes motivos: **(a)** a questão supostamente omitida foi tratada na apelação, no agravo ou nas contrarrazões a estes recursos, ou, ainda, que se cuida de matéria de ordem pública a ser examinada de ofício, a qualquer tempo, pelas instâncias ordinárias; **(b)** houve interposição de aclaratórios para indicar à Corte local a necessidade de sanear a omissão; **(c)** a tese omitida é fundamental à conclusão do julgado e, se examinada, poderia levar à sua anulação ou reforma; e **(d)** não há outro fundamento autônomo, suficiente para manter o acórdão. Esses requisitos são cumulativos e devem ser abordados de maneira fundamentada na petição recursal, sob pena de não se conhecer da alegativa por deficiência de fundamentação, dada a generalidade dos argumentos apresentados. Incidência da Súmula 284/STF.
> 2. Não cabe recurso especial quanto à controvérsia em torno da intimação pessoal da Fazenda, sob pena de usurpar-se competência reservada ao Supremo, nos termos do art. 102 da CF/88, já que o aresto recorrido decidiu com base em fundamentos essencialmente constitucionais.
> 3. Inadmissível recurso especial que demanda dilação probatória incompatível, nos termos da Súmula 7/STJ. No caso, a Corte de origem afirmou, expressamente, tratar-se de impetração preventiva, o que afasta o prazo decadencial de 120 dias para a impetração, premissa que não pode ser revista neste âmbito recursal.
> 4. **O preço predeterminado em contrato, previsto no art. 10, XI, "b", da Lei 10.833/03, não perde sua natureza simplesmente por conter cláusula de reajuste decorrente da correção monetária. Ilegalidade da IN n.º 468/04. Precedente.**
> 5. A multa fixada com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, deve ser afastada quando notório o propósito de prequestionamento dos embargos de declaração. Incidência da Súmula 98/STJ.
> 6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.

De outro norte, em razão dos problemas ocasionados pela IN nº 468/2004, que trazia restrições de forma ilegal e sem qualquer ressalva, foi editada a Lei nº 11.196/2005 e a IN/SRF nº 658/2006, as quais trouxeram exceções à restrição atinente aos reajustes.

Até porque, não fazia sentido a descaracterização do contrato como tendo preço predeterminado nos casos em que havia mero reajuste por índice de atualização monetária. Isso porque, a aplicação de um índice de correção não retira o caráter de preço predeterminado do contrato, mas apenas o confirma, visto que mantém o valor atualizado de acordo com a realidade do momento, contrapondo-se aos efeitos da inflação.

De toda sorte, não há como se entender aplicáveis a Lei nº 11.196/2005 e a IN/SRF nº 658/2006 ao caso vertente, uma vez que ditas normas são posteriores ao período objeto dos presentes autos, que tratam do período de apuração de 01/12/2004 a 30/11/2005.

Como se não bastasse, a interpretação que faço de ditas normas tampouco se coaduna com a conclusão obtida pela decisão recorrida, consoante será demonstrado a seguir.

Nos termos do parágrafo 3º do art. 3º da IN/SRF nº 658/2006: "O reajuste de preços, efetivado após 31 de outubro de 2003, **em percentual não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995**, não descaracteriza o preço predeterminado".

O inciso II do parágrafo 1º do art. 27 da Lei nº 9.069/1995, por sua vez, dispõe que o reajuste também **poderá** ser realizado, além da variação acumulada do IPC-r disposta no *caput*, em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

O fundamento da Relatora da DRJ para negar o pedido de compensação do contribuinte foi de que o IGPM não poderia ser aceito por representar um índice que apura a variação dos preços de uma forma geral, não se constituindo em índice específico de nenhuma categoria ou produto.

É importante mencionar, contudo, que **a norma não limita a não descaracterização do preço predeterminado à adoção de um índice específico, bastando que o índice adotado nos contratos não seja superior às referências descritas no art. 27 da Lei nº 9.069/1995**.

Ademais, vale destacar que o II do parágrafo 1º do art. 27 da Lei nº 9.069/1995 admite, como alternativa ao IPC-r (o dispositivo legal fala em poderá), os critérios de custo de produção ou variação ponderada dos custos dos insumos utilizados. Nesse contexto, entendo que, ao mencionar o referido dispositivo legal, pretendia o legislador admitir, da mesma forma, não apenas o IPC-r (disposto no caput do art. 27), como também o disposto em seu inciso II, parágrafo 1º.

De outro norte, é pertinente mencionar que o IPC-r, índice expressamente previsto no *caput* do art. 27 da Lei nº 9.069/1995, e que também era geral, foi extinto, tendo sido substituído por outros índices, como o IGPM.

Entendo, então, que o índice de atualização adotado em contrato, para que seja admitido para fins do disposto no inciso XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003 (preço predeterminado), não deverá corresponder necessariamente a um índice específico de alguma categoria, setor ou produto. Até porque, na prática, seria inviável a existência de índices diversos para cada categoria, setor ou produto, o que geraria uma infinidade de índices.

O que se precisa perquirir, na verdade, é se o índice adotado pelo contribuinte no caso concreto representa percentual condizente com a sua atividade, para que seja admitido como mero reajuste em contraponto à inflação, mantendo, assim, a característica de preço predeterminado do contrato, não correspondendo a índice superior aos balizamentos constantes do art. 27 da Lei nº 9.096/1995 (IPC-r, extinto e substituído por outros índices, e demais índices adotados em função do custo da produção ou da variação ponderada dos custos dos insumos utilizados).

E, no caso concreto em análise, concluo que o IGPM atende tais requisitos.

Até porque, como bem ressaltou o contribuinte em seu recurso, a ANEEL, em resposta à Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica - APINE, informou que o IGPM é o índice de reajuste aceito pelo Poder Concedente em todos os contratos de concessão de distribuição assinados com a União Federal, **por refletir mais adequadamente as variações de preços do setor elétrico**. Tanto que a ANEEL indica em seu *site* que o reajuste para atualização monetária dos contratos deste setor deve considerar o IGPM.

Nessa ótica, entendo que o IGPM, como bem esclareceu a ANEEL, reflete a variação de preços do setor elétrico, enquadrando-se, portanto, nos requisitos dispostos tanto na Lei nº 11.196/2005 quanto na IN/SRF nº 658/2006, visto que é um dos índices gerais que veio substituir o extinto IPC-r. Até porque, exigir um índice específico para cada produto representaria, na verdade, uma tentativa de negar aplicabilidade à própria exceção atinente aos reajustes, visto que é muito improvável que haja um índice de atualização aplicável a determinado produto/setor específico.

O que a norma buscou evitar é que fossem adotados índices que representassem aumentos superiores aos observados em determinada atividade, o que poderia representar uma verdadeira revisão do seu valor, ou seja, um ganho superior à mera recomposição do valor monetário da moeda. Não é, contudo, o que se vê na hipótese dos autos, em que fora adotado pelo contribuinte o índice oficial admitido pela União Federal, conforme orientação da ANEEL, justamente em razão da sua correlação com as variações de preços atinentes especificamente ao setor elétrico. Ou seja, a adoção do IGPM buscou apenas o manter o equilíbrio contratual, não representando uma revisão do preço inicialmente pactuado.

Tanto é assim que a própria ANEEL emitiu a Nota Técnica nº 224/2006, que teve como objeto a avaliação da incidência das Contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS sobre as receitas decorrentes de contratos assinados em data anterior a 31/10/2003, nos termos do art. 10, inciso XI, e art. 15 da Lei nº 10.833/2003, c/c art. 109 da Lei nº 11.196/2005, através da qual pronunciou-se expressamente no sentido de que a incidência do PIS e da COFINS, nos contratos licitados antes de 31/10/2003, permanecem no regime cumulativo por se caracterizarem como de preço predeterminado. Em razão da sua relevância, traz-se a seguir passagem da referida Nota Técnica:

> (...). Diante da nova conceituação de preço predeterminado, trazida pela IN SRF nº 486/2004 exclusivamente para fins de PIS/PASEP e COFINS, tem-se que a existência de cláusula de reajuste no contrato seria causa de indeterminação do preço a partir do momento em que aplicado o reajuste, passando então a receita decorrente a ser submetida ao regime novo da não-cumulatividade. É, portanto, evidente o conflito entre a regulamentação existente (IN SRF nº 21/79 e IN SRF nº 486/2004). Percebe-se que a Secretaria da Receita Federal, mediante ato de natureza jurídica meramente complementar, nos termos do art. 100, I, do CTN, estabeleceu restrições e limitação que não se encontram previstas na Lei nº 10.833/2003. Dessa forma, hialina a violação ao princípio da legalidade, segundo o qual a atividade administrativa está condicionada à observância da lei, pois na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, não devendo sua atividade violar a lei, regulamento ou outro ato normativo. (...).
>
> Neste ponto, cabe observar que o índice utilizado nos Contratos de Suprimento de Energia Elétrica (sejam eles Contratos Iniciais ou Contratos Bilaterais), bem nos Contratos de Concessão do Serviço Público de Transmissão é o IGP-M (Índice Geral de Preços do Mercado), apurado pela Fundação Getúlio Vargas

> - FGV. O IGP-M é índice que se enquadra no conceito apresentado pelo art. 27 da Lei nº 0.069/95.
>
> Dessa forma, com o novo comando legal introduzido pelo art. 109 da Lei nº 11.196/2005, a ocorrência de mero reajuste de preços, efetuados especificamente nas condições descritas na Lei nº 9.069, art. 27, parágrafo 1º, II, 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. (...).
>
> Portanto, com a edição da Lei nº 11.196/2005, qualquer reajuste de preço previsto contratualmente, que tenha por objetivo assegurar o reajuste necessário para minimizar os efeitos do desgaste inflacionário ocorrido durante o ano, sem que haja alteração (revisão) do preço e das condições pactuadas quando da assinatura do contrato, mediante índices estipulados contratualmente, qualquer que seja ele, não descaracteriza o preço predeterminado, permanecendo a receita decorrente de tais contratos no regime da tributação cumulativa do PIS/PASEP e da COFINS. (...).
>
> Por todo o exposto, concluímos que:
>
> a) as receitas decorrentes dos Contratos Iniciais e Bilaterais, firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, enquadram-se nas disposições do art. 10, inciso XI, letra "b", da Lei nº 10.833/2003, uma vez que são contratos assinados por prazo superior a 1 (um) ano, com preço predeterminado, cujo reajuste anual, calculado com base em índices oficiais (IGP-M), não descaracteriza o caráter de preço predeterminado, devendo, por conseguinte, tais receitas permanecerem sujeitas às normas da legislação do PIS/PASEP e da COFINS, vigentes anteriormente à edição da Lei nº 10.833/2003, ou seja, no regime cumulativo, previsto na Lei nº 9.718/1998. (...).

Reforça o entendimento acima exposto o fato de que o contribuinte, no caso em análise, não poderia firmar contrato em valor predeterminado sem que fizesse constar cláusula de reajuste, nem poderia escolher outro índice que não o IGPM, ainda que correspondesse à variação relativa ao seu produto específico. Por força da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), a cláusula de reajuste do preço deverá constar necessariamente tanto do ato convocatório do processo de licitação quanto do instrumento contratual. E, no caso de contrato no setor de energia elétrica, o índice a ser adotado deveria ser o IGPM, conforme orientação da ANEEL.

Até porque, é importante salientar que não poderia a Recorrente se distanciar de orientação da ANEEL sobre o tema, visto ser este o órgão regulador da sua atividade, inclusive quando considera que a determinação da tributação a ser adotada impacta diretamente o preço da tarifa adotada pela Recorrente, tema este que se sujeita ao controle direto da ANEEL.

Nesse contexto, entendo que as receitas do Recorrente decorrentes dos contratos firmados antes de 30/10/2003, ainda que o preço seja reajustável pelo IGPM, deveriam ter sido tributadas pelo regime da cumulatividade.

É válido destacar, inclusive, que a 3ª Seção de Julgamento do CARF já se manifestou neste mesmo sentido, consoante se extrai da ementa a seguir transcrita (Processo nº 10183.005952/2009-19 - Acórdão nº 3302001.659 publicado em 22/11/2012):

> **ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS**
>
> Período de apuração: 01/08/2004 a 31/12/2007

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 n° 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 n° 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.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/08/2004 a 31/12/2007

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 n° 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 n° 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 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.

Recurso Voluntário Provido.

Por oportuno, é válido trazer à tona trecho do voto vencedor proferido pela Conselheira Fabíola Cassiano Keramidas:

Conforme se depreende do voto do ilustre Conselheiro Relator2, em seu entender, o IGPM não pode ser aplicado porque não está previsto na legislação citada pela Lei nº 9.069/95, que é a legislação mencionada na Lei nº 11.196/05. Explico.

O nobre julgador aceitou a interpretação do conceito de "*pré-determinado"* nos termos da Instrução Normativa nº 658/06 (que é o dispositivo utilizado para a desconsideração do procedimento da Recorrente) por força do disposto no artigo 109 da Lei nº 11.196/05, a saber:

(...).

E este dispositivo legal citou, expressamente, o artigo 27 da Lei nº 9.069/95, *verbis:*

(...).

Assim, **no entender do Relator, somente poderão ser considerados como contratos pré-determinados aqueles que forem corrigidos com base no custo de produção ou no IPCr, por expressa limitação legal.**

Ouso discordar do nobre colega. Para tanto acato a argumentação trazida aos autos por meio do Parecer da ANEEL (fls. 235/236 – Vol. II), que esclarece que o índice IPCr foi extinto e substituído por outros índices, inclusive o IGPM. Neste sentido, o citado artigo 27 da Lei nº 9.069/95 (lei instituidora do Plano Real) foi substituído pelo o artigo 8º, da Lei nº 10.192/01 (lei complementar do Plano Real), vejamos:

"Lei nº 10.192/01

*Art. 8o **A partir de 1o de julho de 1995, a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE deixará de calcular e divulgar o IPCr**.*

*§ 1o **Nas obrigações e contratos em que haja estipulação de reajuste pelo IPCr,***

***este será substituído, a partir de 1o de julho de 1995, pelo índice previsto contratualmente para este fim**.*

§ 2o Na hipótese de não existir previsão de índice de preços substituto, e caso não haja acordo entre as partes, deverá ser utilizada média de índices de preços de abrangência nacional, na forma de regulamentação a ser baixada pelo Poder Executivo."

(destaquei)

Ainda conforme este texto legal, o artigo 2º permite a correção monetária por índices de preços gerais **OU** que reflitam a variação de custos de produção:

"Lei nº 10.192/01

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

(...)"

Com base nestas alterações legais, divirjo da interpretação apresentada pelo d. Conselheiro Relator por entender que o comando legal introduzido pelo art. 109 da Lei n° 11.196/2005 não possui o condão restritivo pretendido pela fiscalização, de excluir a aplicação do IGPM como índice de correção monetária. Ao revés, concluo que o reajuste de preços efetuado nas condições descritas no artigo 27 da Lei n° 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 n° 9.718/98.

Além da questão específica referente à legislação, mesmo que não houvesse tal possibilidade, registro que entendo que a correção monetária por si só não representa nova grandeza econômica3, mas apenas a manutenção do poder de moeda4. Neste diapasão, sequer haveria a necessidade de expressa previsão legal, posto que sua incidência claramente não tem o poder de descaracterizar os preços pré-determinados dos contratos, pretendendo apenas garantir o equilíbrio financeiro da relação jurídica estabelecida. Neste raciocínio, ainda que o IPCr não estivesse extinto, parece-me claro que o artigo 109 mencionado não define o conceito de "pré-determinado" – por isso precisaria de uma Instrução Normativa, apenas determina um comando legislativo, esclarecendo que em determinadas hipóteses não poderia haver interpretação do conceito por parte da fiscalização.

É pertinente destacar, inclusive, que esta decisão restou mantida pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, a qual, à unanimidade de votos, negou provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional (Acórdão nº 9303003.467 de 24/02/2016). A seguir, transcrevem-se passagens do voto proferida pela Conselheira Tatiana Midori Migiyama, Relatora do referido processo, cujos fundamentos também adoto como razão de decidir:

(...)

Sendo assim, em melhor análise da IN SRF 468/04, ainda que tenha sido editada à época sem previsão legal de "reajuste de preços", entendo que o que se está propondo com essa norma é desbordar confusão no ordenamento jurídico – vez que **a natureza do evento de reajuste de preço é diferente do evento de revisão de preço**.

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

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

Enquanto que a revisão do preço, com a definição pela continuidade de determinado serviço e em vista de circunstâncias extraordinárias, p.e. motivos

concorrenciais, tem a finalidade de se estipular uma nova equação econômica para se firmar um novo preço junto ao contratado.

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

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

(...).

Com a cláusula 11, tem-se claro que **o reajuste ora aventado não teve como pretensão a alteração do preço pré-determinado do contrato, mas apenas a atualização desse preço já estipulado com a utilização do Índice Geral de Preços de Mercado – IGPM – oficial.**

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

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

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

> "Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será *regida por esta Lei, o local, o dia e a hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...)*
>
> XI – critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do ***orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;*** *(...)*
>
> Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: *(...)*
>
> III o preço e as condições de pagamento, os critérios, database e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios da atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo *pagamento;"*

Com efeito, nota-se que o reajuste apenas representa o repasse da correção monetária durante a vigência do contrato, e não o estabelecimento de um novo contrato – por decorrência de um novo preço.

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

> "Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos ***seguintes casos:*** *(...)*
>
> § 8.º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, **as atualizações**, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações *orçamentárias suplementares* ***até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo****, podendo ser registrados por simples apostila,* ***dispensando a celebração de aditamento****."*

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

(...)

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

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

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

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

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, para fins de, reconhecendo o direito do contribuinte à tributação pelo regime da cumulatividade quanto aos contratos firmados anteriormente à 30/10/2003, ainda que possuam cláusula de reajuste pelo IGPM, homologar a compensação pleiteada no limite do direito creditório. Destaque-se, outrossim, que a conclusão obtida na presente demanda deverá ser estendida às PER/DCOMP´s objeto dos processos apensos, por se embasarem nos mesmos aspectos fáticos e de direito.

É como voto.

Maria Eduarda Alencar Câmara Simões - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Redator designado.

O Senhor Presidente deste Colegiado nomeou-me redator do voto vencedor no presente acórdão.

A questão posta centra-se em verificar se o reajuste do contrato pelo IGP-M, praticado pela recorrente, descaracterizaria a sua condição de preço predeterminado, nos termos da legislação aplicável.

Argumenta a recorrente que o reajuste do contrato pelo IGP-M não equivaleria a preço variável, oscilante no decorrer do contrato em detrimento de fato superveniente, e de acordo com o previsto nas cláusulas contratuais; somente se prestando a conservar o valor real do preço; o que não descaracterizaria a sua condição de preço predeterminado. Para tanto, ampara-se no art. 109 da Lei nº 11.196/2005, bem como a IN/SRF nº 658/2006.

Consta do site oficial da Fundação Getúlio Vargas, definição do IGP, como um índice geral de preços, englobando diferentes atividades econômicas:

> O IGP foi concebido no final dos anos de 1940 para ser uma medida abrangente do movimento de preços. Entendia-se por abrangente um índice que englobasse não apenas diferentes atividades como também etapas distintas do processo produtivo.

A Lei n° 10.833/2003 (conversão da Medida Provisória nº 135, de 30 de outubro de 2003)**, ao estabelecer o regime não-cumulativo para a Cofins, nas hipóteses lá previstas, com efeitos sobre o regime não-cumulativo da PIS/Pasep, capitula exceções, fazendo permanecer no regime cumulativo ambas as contribuições, no caso de contratos de fornecimento de bens, a preço predeterminado, firmados antes de 31/10/2003:**

> 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: [...]
>
> c) de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços contratados com pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, bem como os contratos posteriormente firmados decorrentes de propostas apresentadas, em processo licitatório, até aquela data;
>
> [...]
>
> Art. 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)
>
> II - nos incisos VI, VII e IX do caput e nos §§ 1º e 10 a 20 do art. 3º desta Lei;

Em 2005, a Lei n° 11.196 estabeleceu forma de reajuste de preços que não descaracterizaria o contrato a preço predeterminado, para fins da manutenção no regime cumulativo: quando aquele se desse em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados:

> 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.

E o faz, referindo-se à Lei n° 9.069/95, no dispositivo que excetua da aplicação do Índice de Preços ao Consumidor utilizado à época, o IPC-r, justamente os 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:

> 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;

Observe-se, que o IPC-r foi extinto, nos termos do art. 8º, caput, tendo seu § 1º determinado sua substituição por "índice previsto contratualmente para este fim", no caso em pauta, o IGP-M.

Assim, a referência do art. 109 da Lei n° 11.196/2005 ao art. 27, § 1º, II, da **Lei n° 9.069/95, é clara no sentido de distanciar o IGP-M; enquanto substituto do IPC-r; dos reajustes de preço que não descaracterizam o contrato a preço predeterminado; posto que não se aplica "aos contratos pelos quais a empresa se obrigue a vender bens para entrega futura, prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, cujo preço poderá ser reajustado em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados".**

O caso *in concreto* assim se enquadra à luz dos dispositivos legais expostos.

a) **Os contratos em questão foram firmados antes de 31/10/2003, enquadrando-se, em parte, nos termos da exceção de permanência no regime cumulativo** prevista no art. 10, XI, "c)" da Lei n° 10.833/2003.

b) **Tais contratos prevêm o reajuste do preço da energia pela variação do IGP-M. Por óbvio, em sendo índice geral de preços; medida abrangente do movimento de preços,** abrangente, no sentido de que, engloba diferentes atividades e também diferentes etapas do processo produtivo, no dizer da Fundação Getúlio Vargas; **não é função do custo de produção, tampouco variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados no fornecimento de energia.**

Não se enquadra, portanto, o reajuste pelo IGP-M, na não descaracterização de preço predeterminado, para fins da manutenção no regime cumulativo, prevista no art. 109 da Lei n° 11.196/2005.

E assim tem recentemente decidido a 3a Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

> CONTRATOS ANTERIORES A 31 DE OUTUBRO DE 2003. CONTRATO PREDETERMINADO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. PARECER TÉCNICO.
> Em respeito ao art. 63, § 8º, do RICARF, é de se reproduzir o entendimento manifestado pela maioria dos membros desse Colegiado. O que, por conseguinte, cabe refletir que o reajuste de preços efetuado, com a utilização do IGPM como índice de correção monetária, descaracteriza a condição de preço predeterminado do contrato e, consequentemente, prejudica a sua manutenção ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98. [...]
> (CARF, 3º Turma, CSRF, Ac. 9303-003.467, de 24/02/2016, rel. Conselheira Tatiana Midori Migiyama).
>
> 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.
> (CARF, 3º Turma, CSRF, Ac. 9303-003.372, de 11/12/2015, rel. Conselheiro Henrique Pinheiro Torres).

Em 2006, a então Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa (IN) SRF nº 658/2006, cujo art. 3º regulamenta o preço predeterminado para fins de apuração da PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003:

> Art. 3º Para efeito desta Instrução Normativa, preço predeterminado é aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato.
>
> § 1º Considera-se também preço predeterminado aquele fixado em moeda nacional por unidade de produto ou por período de execução.
>
> § 2º Ressalvado o disposto no § 3º, o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação, após a data mencionada no art. 2º, da primeira alteração de preços decorrente da aplicação:
>
> I - de cláusula contratual de reajuste, periódico ou não; ou
>
> II - de regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos dos arts. 57, 58 e 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
>
> § 3º O reajuste de preços, efetivado após 31 de outubro de 2003, em percentual não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, não descaracteriza o preço predeterminado.

Assim, estatui o art. 3º que **preço predeterminado é "aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato"** e o **"caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação [...] da primeira**

alteração de preços decorrente da aplicação" de cláusula contratual de reajuste ou de regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Assim, qualquer alteração nesse "valor fixado", seja a título de correção monetária, seja para " conservar o valor real do preço ", como argumenta a recorrente, desfaz a predeterminação do preço, descaracterizando-a. A única exceção é a do art. 109 da Lei n° 11.196/2005, quando o reajuste de preços se dá em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, que não é o caso do IGP-M; regra legal complementada pelo § 3º–da IN, reproduzido acima, devendo este, claro, correspondência à lei, como será exposto em seção seguinte do presente voto.

O característica de índice geral de preços, por si só, já retiraria o IGP-M da exceção que não descaracterizaria o preço predeterminado. Não é demais reforçar tal conclusão com os argumentos expostos no voto condutor do acórdão 9303-003.372 da Câmara Superior, cuja ementa foi reproduzida acima:

> O Fisco, com arrimo na Nota Técnica Cosit nº 1, de 16 de fevereiro de 2007, e no Parecer PGFN/CAT nº 1.610/2007, entendeu que o tipo de contratado de prestação de serviço de transmissão de energia elétrica, celebrado pela ora recorrida, não se enquadraria como contrato de preço predeterminado, pois as cláusulas de reajuste de preços, com base no IGPM, **não refletiriam apenas a variação de custo de produção ou de insumos,** condição necessária para a manutenção da incidência cumulativa do PIS e da Cofins sobre as receitas relativas a esse contrato.
> [...]
> Para que não paire 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 IGPM é composto de 3 índices, o IPA-M, o IPC-M e o INCC-M.
> 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.
> [...]
> 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 minguados 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 compões 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 especifico 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.
(grifos do original).

O Parecer PGFN/CAT n° 1.463/2007, traz uma oportuna análise-histórica do tema:

3. **Na redação original da Medida Provisória nº 135, de 30 de outubro de 2003, convertida na Lei nº 10.833, de 2003, não havia esta disposição. Isto quer dizer que uma vez em vigor a não-cumulatividade, obrigatória para determinadas pessoas jurídicas, rapidamente foi detectado que a mudança criou um desequilíbrio nos contratos em que os preços foram acertados pela sistemática anterior.** Assim sendo, no Projeto de Lei de Conversão foi apresentada emenda que criou a regra de transição que pode ser lida no texto vigente da lei.

4. Por este regime provisório, os contratos deveriam obedecer a quatro requisitos para que as suas receitas permanecem na cumulatividade: anterior a 31 de outubro de 2003, por prazo superior a um ano, construção por empreitada ou fornecimento de bens e serviços, e a preço predeterminado. Eram, portanto, exceção à regra da não-cumulatividade. Alguma ocorrência que prejudicasse o atendimento aos requisitos, obriga a tributação dos valores recebidos seguindo a não-cumulatividade.

5. A idéia central deste dispositivo é a não-surpresa do contribuinte que calculou seu preço antes da vigência da M.P. nº 135, de 2003, utilizando para tanto a alíquota menor. Ademais, somente com o passar de certo tempo é que as empresas acumulariam os créditos a serem compensados com o valor devido pelos tributos e se efetivaria a não-cumulatividade. Passada a surpresa da alteração legislativa, e iniciado o processo de aquisição de créditos, o certo seria que todos os contratos passassem para a não-cumulatividade.

6. Entretanto, algumas empresas ao fazer o cálculo dos tributos devidos perceberam que teriam que pagar um valor maior no sistema da não-cumulatividade do que no da cumulatividade. Dessa forma, começaram a buscar meios de prorrogar indefinidamente os seus contratos para que sobre aquelas receitas incidissem alíquotas menores. Como os três primeiros requisitos legais são bastante objetivos, passaram a tecer ilações sobre o mais impreciso dos conceitos: o de preço predeterminado.

7. Os contribuintes passaram a reajustar seus contratos, aplicando índices de inflação diretamente aos seus preços. Acreditavam que estava mantido o caráter de preço predeterminado e, em conseqüência, poderiam manter aquelas receitas na sistemática da cumulatividade. Dessa forma, por hipótese, um contrato com prazo de vinte anos poderia

> **passar todo este período na cumulatividade, alterando periodicamente o seu preço com aplicação de qualquer índice de inflação.**
> (Grifos do relator).
>
> O § 3º do art. 3º da IN SRF nº 658/2006 assim dispõem:
> Art. 3º [...]
>
> § 3º O reajuste de preços, efetivado após 31 de outubro de 2003, em percentual não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, não descaracteriza o preço predeterminado.

Tal dispositivo de Instrução Normativa da então Secretaria da Receita Federal é ato administrativo que regulamenta lei, emanado do poder regulamentar do Executivo, previsto no art. 84, IV da Constituição Federal. E assim sendo não podem criar direitos ou obrigações, posto que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, nos termos do art. 5°, II, da Carta Magna. Seu alcance e amplitude é determinado pela lei que regulamenta.

Assim, deve tal disposição regulamentar almodar-se aos dispositivos legais a que se refere, no caso, o art. 10 da Lei n° 10.833/2003, o qual determina que permanecem sujeitas ao regime cumulativo as receitas relativas a contratos de fornecimento de bens a preço predeterminado e, mais especificamente, o art. 109 da Lei n° 11.196/2005, que estabelece que "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.

Dessa forma, não será qualquer reajuste de preços, em percentual não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, que não descaracteriza o preço predeterminado; mas um reajuste de preços que também seja função do custo de produção ou variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, em obediência ao art. 109 da Lei nº 11.196/05; o que não ocorre com o IGP-M.

Os fatos em pauta ocorreram entre 2004 e 2005, portanto, sob a vigência da IN/SRF nº 468/2006, esta revogada pela IN SRF nº 658/2006. A primeira IN em nada socorre a recorrente, sendo-lhe mais desfavorável que a segunda; tanto que esta trouxe julgados do STJ e do TRF da 4ª Região que deram pela sua ilegalidade.

Alega a recorrente, citando a Nota Técnica n° 224/2006-SFF/ANEEL. que "a incidência de PIS e COFINS nos contratos licitados antes de 31/10/2003 permanecem no regime cumulativo por se caracterizarem como de preço predeterminado" e que a mesma ANEEL entende que " o IGPM é o índice de reajuste aceito pelo Poder Concedente em todos os contratos de concessão de distribuição assinados com a União Federal por refletir mais adequadamente as variações de preços do setor elétrico".

Pois bem, a ANEEL é agência reguladora instituída pela Lei n° 9.427/2006, tendo por finalidade "regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal" (art. 2º da Lei). **Não lhe foi atribuída qualquer competência normativa na esfera tributária. Suas notas técnicas também não podem ser incluídas no rol "legislação tributária"** do art. 96 do CTN, na qual se encontram as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte,

sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes. Assim, **manifestação da ANEEL acerca da qual reajuste caracteriza ou não o preço predeterminado não tem qualquer valor normativo ou vinculante.**

Com base nessas considerações, votou o colegiado, por maioria, por negar provimento ao recurso voluntário apresentado.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho - Redator designado