



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 11080.909062/2011-13  
**Recurso** Especial do Procurador  
**Acórdão nº** **9303-015.458 – CSRF / 3ª Turma**  
**Sessão de** 16 de julho de 2024  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** COMPANHIA ESTADUAL DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA  
- CEEE-T

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

Período de apuração: 01/03/2006 a 31/03/2006

RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA E DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO CONHECIMENTO. ART. 118, § 6º, DO RICARF.

Não se conhece de Recurso Especial diante da ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma, pois não resta demonstrada a divergência jurisprudencial suscitada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Regis Xavier Holanda - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rosaldo Trevisan, Semíramis de Oliveira Duro, Vinicius Guimaraes, Tatiana Josefovicz Belisário, Marcos Roberto da Silva (suplente convocado), Alexandre Freitas Costa, Denise Madalena Green e Regis Xavier Holanda (Presidente). Ausente o Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho, substituído pelo Conselheiro Marcos Roberto da Silva.

## **Relatório**

Na origem, o Despacho Decisório revisou de ofício a análise eletrônica de Declaração de Compensação - DCOMP que fora encaminhada pela empresa sob a alegação de pagamento indevido da COFINS, no período de apuração de março de 2006.

A empresa entregou demonstrativos de apuração da COFINS, com base nos regimes cumulativo e não-cumulativo. Apresentou relação dos Contratos de Geração de Energia Elétrica firmados anteriormente a 31/10/2003, cujas receitas foram submetidas à tributação pelo regime cumulativo.

A Lei n.º 10.833/2003 em seu artigo 10, inciso XI dispôs sobre a possibilidade de que receitas oriundas de contratos de fornecimento de serviços a preço predeterminado, com prazo superior a um ano, firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003 poderiam continuar a ser tributadas pela sistemática da cumulatividade. Com a edição da Lei n.º 11.196/2005, mais especificamente seu art. 109, combinado com o disposto na IN SRF n.º 658/2006 e ainda de acordo com orientações emanadas da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, a interessada entendeu ter reunido condições suficientes para tributar suas receitas com base na sistemática da cumulatividade.

De acordo com a legislação citada, são quatro requisitos exigidos pelo inciso XI, do art. 10 da Lei n.º 10.833/2003 para que as receitas sejam mantidas no regime da cumulatividade: o preço predeterminado, contrato de fornecimento de bens e serviços ou construção por empreitada, prazo de duração do contrato superior a um ano, assinatura do contrato anterior a 31 de outubro de 2003.

Contudo, verificou a DRF de origem que o setor elétrico reajustou suas tarifas utilizando como índice o IGP-M, que não atenderia ao disposto no art. 109 da Lei n.º 11.196/2005, pois não é índice que reflita exclusivamente variação ponderada dos custos dos insumos utilizados ou custo de produção do setor elétrico. Dessa forma, entendeu a fiscalização que as receitas obtidas pela empresa, oriundas de contratos de longo prazo, deveriam ser tributadas pela Cofins e pelo PIS com base na não-cumulatividade a partir do momento em que ocorreu o primeiro reajuste de preços pelo IGP-M.

O sujeito passivo defendeu, em síntese, ser o IGP-M índice que se enquadra no conceito apresentado pelo art. 27 da Lei n.º 9.069/1995.

A 2ª Turma da DRJ/POA, Acórdão n.º 10-42.719, negou provimento à manifestação de inconformidade, com decisão assim ementada:

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

Período de apuração: 01/03/2006 a 31/03/2006

**PRELIMINAR DE NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.**

Demonstrado que o Despacho Decisório foi formalizado de acordo com os requisitos de validade previstos em lei e que não ocorreu violação ao disposto no art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, não deve ser acatado o pedido de nulidade formulado.

**PREÇO PREDETERMINADO. IGPM. ÍNDICE GERAL.**

Nos termos do disposto no art. 109 da Lei n.º 11.196/2006, 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. O IGPM não é índice que obedeça ao disposto no art. 109 da Lei n.º 11.196/2006, por ser índice geral de reajuste de preços.

Em Recurso Voluntário, a empresa ratificou os argumentos de sua manifestação de inconformidade.

O Acórdão n.º 3401-009.865, ora recorrido, deu provimento ao recurso voluntário:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 01/03/2006 a 31/03/2006

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

As receitas originárias de contratos de fornecimento de serviços submetem-se à incidência cumulativa, desde que observados os termos e condições consolidados pela IN SRF 658/06. No caso vertente, há comprovação nos autos de que o reajuste do contrato se deu em percentual inferior à variação nos custos de geração de energia no período, por conseguinte, que não houve alteração do critério de preço predeterminado, conforme reza a IN SRF 658/06.

### **RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL**

A Fazenda Nacional alega divergência jurisprudencial quanto à aplicação do inciso XI, “b” do art. 10 da Lei n.º 10.833/2003, art. 109 da Lei n.º 11.196/2006 e IN SRF n.º 658/2006, especificamente quanto à consideração de se o reajuste de preços pelo IGP-M descaracteriza o contrato de longo prazo a preço determinado, de modo a levar as receitas para o regime não-cumulativo das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins.

Aduz, em síntese, que o IGPM é índice que apura a variação dos preços de uma forma geral, incluindo desde matérias-primas até serviços finais, não se constituindo em índice específico de nenhuma categoria ou produto. Assim, o IGPM não se ajusta ao disposto na IN/SRF n.º 658/06 (art. 27, § 1º, inciso II da Lei n.º 9.069/95), uma vez que não reflete a “variação ponderada dos custos dos insumos utilizados” na produção do serviço prestado pelo sujeito passivo.

Indicou como paradigmas os Acórdãos n.º 9303-007.039 e 9303-007.359:

Acórdão n.º 9303-007.039

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2010

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.

Acórdão n.º 9303-007.359

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano calendário: 2004

CONTRATO. FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS. CONTRATOS FIRMADOS. ANTES DE 31 DE OUTUBRO DE 2003. PREÇO PREDETERMINADO. ÍNDICES.

Contratos com preço predeterminados são descaracterizados, para fins de aplicação do art. 10, inciso XI, da Lei nº 10.833, de 2005 e do art. 3º. § 3º, da IN SRF nº 658/2006, se têm seus preços reajustados, após 31/10/2003, em percentual que divirja daquele correspondente à variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados. As receitas percebidas com tal reajuste sujeitam ao regime de não cumulatividade para tributação pela Cofins.

O r. Despacho de e-fls. 536-539 deu seguimento ao Recurso Especial, nesses termos:

A recorrente demonstrou a divergência pela comparação entre as ementas e excertos dos arestos confrontados. A decisão recorrida considerou que a aplicação do IGP-M não descaracteriza o preço pré-determinado, se o índice for inferior à variação dos custos de geração de energia no período considerado, não alterando o preço pré-determinado, conforme ementa abaixo: (...)

Por sua vez, os paradigmas consideraram que o IGP-M, por si só, descaracteriza o preço pré-determinado, por não refletir o custo de produção nem a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, conforme ementa abaixo: (...)

Destarte, considero que a divergência jurisprudencial foi comprovada.

Intimado, o sujeito passivo apresentou contrarrazões, sustentando a ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma. No mérito, aponta a inafastabilidade do caráter de preço predeterminado dos contratos a partir da incidência de correção monetária por IGP-M.

Em seguida, os autos foram distribuídos a esta Relatora para inclusão em pauta.

É o relatório.

## Voto

Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, Relatora.

O Recurso Especial é tempestivo, contudo cabe digressão quanto ao seu conhecimento.

Nos termos do art. 118, §6º, do RICARF, cabe Recurso Especial se demonstrada a divergência jurisprudencial, com relação a acórdão paradigma que, enfrentando questão fática semelhante, tenha dado à legislação interpretação diversa.

Por outro lado, não cabe o acesso à instância recursal superior para o reexame de material probatório. A divergência jurisprudencial não se estabelece em matéria de prova, pois, na apreciação da prova, o julgador forma livremente a sua convicção, conforme dispõe o art. 29 do Decreto nº 70.235/1972:

RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. NÃO CABIMENTO. A divergência jurisprudencial necessária à admissibilidade do Recurso Especial não se estabelece em matéria de reexame de prova, mas, sim, na interpretação divergente de normas tributárias. A pretensão de simples reexame de prova, quando demonstrado que o colegiado entendeu não serem suficientes, não enseja recurso especial. (Acórdão n.º 9202-003.990, j. 11/03/2016, Relatora Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira).

Por isso, das situações fáticas que tenham seu conjunto probatório específico decorrem decisões diferentes, cujos fundamentos não são a interpretação diversa da legislação tributária, mas sim os próprios fatos probantes valorados em cada um dos julgados.

Postas essas considerações, passa-se ao cotejo das decisões.

O acórdão recorrido e os paradigmas têm em comum a referência aos seguintes elementos, que são os requisitos exigidos pelo inciso XI, do art. 10 da Lei n.º 10.833/2003 para que as receitas sejam mantidas no regime da cumulatividade: preço predeterminado, contrato de fornecimento de bens e serviços ou construção por empreitada, prazo de duração do contrato superior a um ano e assinatura do contrato anterior a 31 de outubro de 2003. Além disso, os contratos no acórdão recorrido e no paradigma n.º 9303007.039 foram atualizados pelo IGP-M. Já no paradigma n.º 9303-007.359, os contratos tinham a previsão de três tipos de índices de correção monetária para reajuste dos preços: a variação do preço dos combustíveis, do dólar norte-americano e do IGPM.

Contudo, a diferença entre as decisões contrastadas é referente à prova de que o índice foi inferior aos patamares estabelecidos no § 3º do art. 3º da IN SRF 658/2006, não descaracterizando o preço predeterminado. No acórdão recorrido, o provimento do Recurso se deu em razão da comprovação nos autos de que o reajuste do contrato se deu em percentual inferior à variação nos custos de geração de energia no período.

Explico.

O art. 10 da Lei n.º 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relacionou hipóteses que permanecem sujeitas à apuração da COFINS ainda com base na sistemática cumulativa, estendendo-se ao PIS a hipótese prevista no inciso XI do citado dispositivo legal, abaixo transcrito, por força do contido no art. 15 da referida Lei n.º 10.833/03:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

Art. 15. Aplica-se à contribuição para o PIS/PASEP não-cumulativa de que trata a Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002, o disposto nos incisos I e II do § 3º do art. 1º,

nos incisos VI, VII e IX do *caput* e nos §§ 1º, incisos II e III, 10 e 11 do art. 3º, nos §§ 3º e 4º do art. 6º, e nos arts. 7º, 8º, 10, incisos XI a XIV, e 13.

Foi editada então a Lei n.º 11.196, de 21 de novembro de 2005. Tal norma estabeleceu, no art. 109, que:

Art. 109. Para fins do disposto nas alíneas b e c do inciso XI do *caput* do art. 10 da Lei no 10.833, de 29 de dezembro de 2003, o reajuste de preços em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei n.º 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.

Com a publicação da Lei n.º 11.196/05, e considerando seu art. 109, a Receita Federal editou a IN/SRF n.º 658/06, com fundamento na autorização prevista no art. 92 da Lei n.º 10.833/03, abaixo transcrito, que traz o entendimento do órgão em relação à expressão “preço predeterminado”:

Art. 92. A Secretaria da Receita Federal editará, no âmbito de sua competência, as normas necessárias à aplicação do disposto nesta Lei.

A IN/SRF n.º 658, de 4 de julho de 2006, dispôs que:

O SECRETÁRIO RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 230 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF n.º 30, de 25 de fevereiro de 2005, e considerando o disposto no *caput* e nos incisos XI e XXVI do art. 10 e no inciso V do art. 15 da Lei n.º 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e no art. 109 da Lei n.º 11.196, de 21 de novembro de 2005, resolve:

Art. 2º Permanecem tributadas no regime de cumulatividade, ainda que a pessoa jurídica esteja sujeita à incidência não-cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003:

(...)

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

(...)

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 n.º 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.**

Então, a IN/SRF nº 658/06, define “preço predeterminado” como aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato, ou ainda por unidade de produto ou por período de execução.

O § 2º, do art. 3º da IN/SRF nº 658/06 dispõe que o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação, após 31/10/03, da primeira alteração de preços decorrente da aplicação de cláusula contratual de reajuste, periódica ou não, ou de regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. No entanto, o § 3º ressalva de tal disposição o reajuste de preços, efetivado após 31/10/03, 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, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995:

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;

Dessa forma, a regra geral definida na IN/SRF nº 658/06 é que qualquer alteração de preços, seja decorrente de cláusula contratual genérica de reajuste, seja decorrente de regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, descaracteriza o preço predeterminado, a partir da primeira alteração de preços implementada após 31/10/03. Assim, a partir desta alteração, a tributação das receitas decorrentes de tais contratos deve ser feita no regime não cumulativo, para fins de apuração do PIS e da COFINS.

Contudo, a IN/SRF nº 658/06, no art. 3º, § 3º, traz exceção que indica um reajuste de preços efetuado em percentual não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação do índice. Logo, para considerar admissível a utilização do IGP-M para fins do disposto naquele dispositivo, cabe à empresa demonstrar que o reajuste efetuado não ultrapassa o limite nele fixado, mediante a comparação entre o percentual de reajuste e a variação do IGP-M no período.

No caso em análise, o sujeito passivo apresentou tal informação em seu recurso voluntário:

Por este motivo trazemos à baila o demonstrativo da variação percentual dos custos de produção x IGP-M acumulado em 12 meses, nos exercícios financeiros de 2005 e 2006, **o que não desonera o Fisco de fazer uma diligência fiscal para comprovar tais argumentos.**

	2006	2005
Custos de Produção *	{208.696.861,77}	{192.952.139,66}
▲ %	8,1599	2,3834
IGP-M Acumulado 12m - 31/Dez	3,8476	1,2008

\* Custos de produção a partir dos demonstrativos contábeis dos anos-calendário 2005 e 2006.

**A partir do demonstrativo contábil acima, verifica-se que nos anos em análise, ao juízo do Contribuinte, os custos de produção foram superiores ao índice de reajuste do contrato.**

E foi esse argumento foi acolhido pelo acórdão recorrido, como se observa no voto condutor:

Em minha visão, ainda que a questão da utilização do índice IGP-M pela ANEEL ser argumento relevante, entendo que o caminho mais adequado para a resolução da lide é aquele já determinado pelo CSRF, em que o IGP-M poderá ser considerado adequado ao cumprimento da IN SRF n.º 658/06, quando o recorrente demonstrar que a evolução de seus custos foi superior à correção pelo IGP-M, a saber:

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

*Ano-calendário: 2011*

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

***As receitas originárias de contratos de fornecimento de serviços submetem-se à incidência cumulativa, desde que observados os termos e condições consolidados pela IN SRF 658/06. No caso vertente, há laudo técnico elaborado por auditoria independente atestando que o reajuste do contrato se deu em percentual inferior à variação nos custos de geração de energia no período comprovando, por conseguinte, que não houve alteração do critério de preço predeterminado, conforme reza a IN SRF 658/06.***

***Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep***

*Ano-calendário: 2011*

***PIS. CLÁUSULA DE REAJUSTE. PREÇO PREDETERMINADO. REGIME DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. As receitas originárias de contratos de fornecimento de serviços submetem-se à incidência cumulativa, desde que observados os termos e condições consolidados pela IN SRF 658/06. No caso vertente, há laudo técnico elaborado por auditoria independente atestando que o reajuste do contrato se deu em percentual inferior à variação nos custos de geração de energia no período comprovando, por conseguinte, que não houve alteração do critério de preço predeterminado, conforme reza a IN SRF 658/06.***

(CSRF. Acórdão n. 9303-008.442 no Processo n. 13896.721004/2015-24. Rel. Andrada Márcio Canuto Natal. 3ª Turma. DJ 16/03/2019).

Ora, no caso dos autos, a recorrente trouxe tal demonstração, informando a evolução de seus custos e confrontando-a com o percentual de atualização aplicado em cada ano-calendário (fl. 386):

	2006	2005
Custos de Produção *	(208.696.861,77)	(192.952.139,66)
▲ %	8,1599	2,3834
IGP-M Acumulado 12m - 31/Dez	3,8476	1,2008

Desta feita, havendo prova concreta nos autos de que o reajuste aplicado – independente do índice utilizado – não implicou em aumento real do preço determinado, mas apenas correção monetária igual ou inferior ao aumento dos custos, deve-se reconhecer que não houve violação dos requisitos da IN SRF n.º 658/06, sendo correta a manutenção da apuração da empresa pelo sistema cumulativo.

Nestes termos, voto por conhecer parcialmente o recurso voluntário e, na parte conhecida, dar-lhe provimento.

Já o acórdão paradigma n.º 9303-007.039 registrou que a empresa não apresentou prova tempestiva de 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. É o que se observa do voto vencedor:

Já a Relatora do voto vencido, deu provimento ao Recurso Especial da Contribuinte, sob o fundamento de que: "*as receitas originárias de contratos de fornecimento de serviços submetem-se à incidência cumulativa, desde que observados os termos e condições consolidados pela IN SRF 658/06. No caso vertente, há laudo técnico elaborado por auditoria independente atestando que o reajuste do contrato se deu em percentual inferior à variação nos custos de geração de energia no período comprovando, por conseguinte, que não houve alteração do critério de preço predeterminado*".

Analisando a *quaestio*, a Relatora em suas razões de decidir inovou o *decisium*, uma vez que matéria relacionada a prova "laudo" não foi aceita como divergente, até porque do julgamento do Recurso Voluntário nada foi tratado a respeito de laudo técnico.

(...)

No presente caso, a situação é gravíssima, pois não estamos falando unicamente de provas, mas de novas matérias de defesa que sequer foram aduzidas na impugnação e a maior parte delas nem no recurso voluntário, somente em laudo técnico, o qual foi apresentado após meses da apresentação do recurso voluntário.

Não se pode ignorar que “o poder instrutório das autoridades de julgamento não pode levar a invasão da esfera de responsabilidade dos interessados em provar os fatos necessários à sua defesa. (...)

De acordo com o art. 16, inciso III, do Decreto n.º 70.235, de 1972, os atos processuais se concentram no momento da impugnação, cujo teor deverá abranger “os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância, as razões e provas que possuir”, considerando-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante (art. 17 do Decreto n.º 70.235, de 1972).

Não é lícito inovar no recurso para inserir questão diversa daquela originalmente deduzida na impugnação/manifestação de inconformidade, devendo a inovação ser afastada por se referir a matéria não exposta no momento processual devido.

Quanto ao mérito, de fato, as receitas alcançadas ora analisadas cumprem os três primeiros requisitos legais. O que se discute nos autos, no entanto, é se os contratos do setor elétrico estabelecem ou não preço predeterminado.

(...)

Em homenagem ao princípio da Colegiabilidade, essa matéria foi enfrentada por esta E. Câmara Superior, Acórdão n.º **9303003.373**, de 11 de dezembro de 2015, de Relatoria do Ilustre ex. Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, cujo voto acompanhei, de forma que peço vênia para transcrevê-lo, o qual utilizo como fundamento para minhas razões de decidir por se tratar de matéria idêntica, que passa a fazer parte integrante do presente voto:

(...)

*46. Além disso, ressalte-se que a exceção contida no §3º do art. 3º da IN SRF n.º 658/2006 diz respeito apenas ao reajuste de preços efetuado em percentual não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação do índice. Desta forma, ainda que considerássemos admissível a utilização do IGPM para fins do disposto naquele dispositivo, caberia à impugnante demonstrar que o reajuste efetuado não ultrapassa o limite nele fixado, o que também não foi feito.*

Em relação ao acórdão paradigma n.º 9303007.359, o voto condutor consignou que os três índices de atualização monetária dos contratos levam em conta a recuperação do efeito inflacionário, descaracterizando o caráter de preço predeterminado. É o que se observa do voto vencedor:

Conforme Cláusulas 6.1 e 6.2 do Contrato e seus Aditivos, acima transcritas, o preço da energia será calculado com base no Valor Normativo estabelecido pela ANEEL nas Resoluções n.ºs 22 e 256, de 2001.

A Cláusula 6.3 do Contrato e seus Aditivos, supratranscrita, estabelece que a fórmula de reajuste dos pregos será determinada com base na Resolução ANEEL n.º 22/2001, com fatores: K1, K2 e K3, em que:

K1 = fator de ponderação do índice IGPM;

K2 = fator de ponderação do índice de combustíveis;

K3 = fator de ponderação do índice de variação cambial.

Verifica-se, pois, que **os reajustes e revisão de preços baseiam-se em índices que captam a variação geral (IGPM), setoriais (combustíveis) e cambiais, dos preços praticados.**

**Estes índices levam em conta a recuperação do efeito inflacionário, descaracterizando o caráter de preço predeterminado.** Com efeito, estes fatores tendem a restabelecer o preço de mercado e não os custos da produção ou dos insumos.

A forma como é praticado o reajuste do preço da energia elétrica, com a utilização de índices gerais de preço e índices setoriais e cambiais, não se enquadra nas regras do art. 109 da Lei n.º 11.196, de 2005, e tampouco nas disposições do § 3º do art. 3º da IN SRF n.º 658, de 2006, **desvirtuando totalmente o caráter predeterminado do preço praticado pela recorrente.**

(Negritei.)

Ou seja, havendo variação com base em índice que divirja da variação ponderada dos custos dos insumos utilizados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos postos na Lei de Licitações, afastado está o caráter de predeterminação dos preços para fins do atendimento ao art. 109 da Lei n.º 11.196/2005. Com isso, não mais há como enquadrar as receitas operacionais da contribuinte no regime de tributação não cumulativa da Cofins.

Em suma, observa-se a ausência de similitude fática:

Elementos	Acórdão Recorrido	Acórdão Paradigma n.º 9303007.359	Acórdão Paradigma n.º 9303007.039
Requisitos do inciso XI, do art. 10 da Lei n.º 10.833/2003.	Sim	Sim	Sim
Atualização pelo IGP-M.	Sim	Três índices previstos para o Contrato: a variação do preço dos combustíveis, do dólar norte-americano e do IGPM.	Sim
Prova do disposto no art. 3º, § 3º da IN/SRF n.º 658, de 4 de julho de 2006, ou seja, comprovação de que o índice utilizado foi inferior aos patamares referidos no § 3º do art. 3º da IN SRF 658/2006.	Sim As receitas originárias de contratos de fornecimento de serviços submetem-se à incidência cumulativa, desde que observados os termos e condições consolidados pela IN SRF 658/06. <u>No caso vertente, há comprovação nos autos de que o reajuste do contrato se deu em percentual inferior à variação nos custos de geração de energia no período, por conseguinte,</u>	Não foi requisito. Segundo o voto vencedor, os três índices de atualização monetária dos contratos levam em conta a recuperação do efeito inflacionário, descaracterizando o caráter de preço predeterminado.	Sim A empresa não apresentou prova tempestiva. A exceção contida no §3º do art. 3º da IN SRF n.º 658/2006 diz respeito apenas ao reajuste de preços efetuado em percentual não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação do índice. Desta forma, ainda que considerássemos admissível a utilização do IGPM para fins do disposto naquele dispositivo, <u>caberia à</u>

Elementos	Acórdão Recorrido	Acórdão Paradigma n.º 9303007.359	Acórdão Paradigma n.º 9303007.039
	<u>que não houve alteração do critério de preço predeterminado, conforme reza a IN SRF 658/06.</u>		<u>impugnante demonstrar que o reajuste efetuado não ultrapassa o limite nele fixado, o que também não foi feito.</u>

Então, da leitura do acórdão recorrido e dos paradigmas acima citados, não há similitude fática entre eles. Logo, não se conhece de Recurso Especial diante da ausência de divergência jurisprudencial suscitada.

### Conclusão

Diante do exposto, voto por não conhecer o Recurso Especial da Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro, Relatora