



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11080.928479/2009-61
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-011.998 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 16 de setembro de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CERAN COMPANHIA ENERGÉTICA RIO DAS ANTAS

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/09/2005 a 30/09/2005

NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. DISSIMILITUDE FÁTICA.

Não se conhece do Recurso Especial quando as situações fáticas consideradas nos acórdãos paradigmas são distintas da situação tratada no acórdão recorrido, não se prestando os arestos, por conseguinte, à demonstração de dissenso jurisprudencial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Érika Costa Camargos Autran – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Tatiana Midori Migiyama, Rodrigo Mineiro Fernandes, Valcir Gassen, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Pôssas.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional em face do Acórdão nº 3402-006.292 de 27 de fevereiro de 2019, que deu provimento parcial ao recurso voluntário nos termos da seguinte ementa e resultado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/09/2005 a 30/09/2005

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PERD/COMP. LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE.

As alegações constantes da manifestação de inconformidade devem ser acompanhadas de provas suficientes que confirmem a liquidez e certeza do crédito pleiteado. Isto porque, com relação a prova dos fatos e o ônus da prova, dispõem o artigo 36, caput, da Lei nº 9.784/99 e o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, que cabe à Recorrente, autora do processo administrativo de restituição/compensação, o ônus de demonstrar o direito que pleiteia.

PIS. COFINS. CONTRATO PREÇO PREDETERMINADO. CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. PROVA. PAGAMENTOS INDEVIDOS. DIREITO À RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO.

O reajuste de preços efetuado nas condições descritas no artigo 27 da Lei nº 9.069/95, independentemente do índice utilizado não descaracteriza, necessariamente, a condição de preço predeterminado do contrato e, conseqüentemente, a sua manutenção no regime cumulativo, previsto na Lei nº 9.718/98.

Havendo prova técnica que conclua que os ajustes de preços praticados nos contratos enquadram-se no conceito de "preço predeterminado" do artigo 10, inciso XI, alínea "b" da Lei n. 10.833/03 (ou seja, que a variação dos reajustes nos preços de energia dos contratos se deu em percentual inferior à variação dos custos totais no período a que se refere o crédito discutido), o contribuinte possui o direito de tributar a receita deles decorrente na sistemática cumulativa da Contribuição ao PIS e da COFINS, e, havendo valores indevidamente recolhidos

no período, porque erroneamente submetidos à não-cumulatividade das Contribuições, devem ser restituídos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário para reconhecer o direito da Recorrente tributar as receitas decorrentes dos contratos indicados no voto da relatora no regime cumulativo das contribuições, determinando o retorno dos autos para que a DRF examine e profira decisão sobre os demais requisitos do crédito objeto do pedido de restituição/compensação formulado. A Conselheira Maria Aparecida Martins de Paula acompanhou a relatora pelas conclusões por entender aplicável o art. 3º, §3º da Instrução Normativa n.º 658/2006.

A Fazenda Nacional apresentou Recurso Especial suscitando divergência de interpretação quanto à utilização do IGP-M, nos contratos de energia elétrica com cláusula de preço predeterminado, fato que enseja a interpretação divergente ao artigo 10, inciso XI, da Lei nº 10.833, de 2005 e do artigo 3º, § 3º da IN SRF nº. 658/2006.

Para a comprovação do dissídio jurisprudencial, a recorrente invocou os paradigmas nº 9303-007.039 e 3301-003.643

Nos termos do despacho de fls. 894 a 902, foi dado seguimento ao Recurso Especial pois atendidos os requisitos de admissibilidade.

A Contribuinte apresentou contrarrazões ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, requerendo que o mesmo não seja conhecido e caso conhecido, que seja negado provimento.

É o Relatório em síntese.

Voto

Conselheira Érika Costa Camargos Autran, Relatora.

Da Admissibilidade

O Recurso Especial da Fazenda Nacional é tempestivo, devendo ser verificado se atende aos demais pressupostos formais e materiais ao seu conhecimento.

Em contrarrazões, o contribuinte defende o não conhecimento do recurso especial fazendário, argumentando que as situações fáticas entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigmas apresentados são bem diferentes ao ponto de impossibilitar o seu conhecimento.

Contexto fático e jurídico do acórdão recorrido

A Fazenda Nacional alega que o r. Acórdão recorrido haveria divergido dos r. Acórdãos trazidos como paradigmas no que diz respeito à interpretação a ser dada ao art. 10, inciso XI, da Lei nº 10.833/2003 e ao art. 3º, parágrafo único, da Instrução Normativa SRF nº 658/20063, bem como à alegada impossibilidade de inovação da matéria de defesa após a Impugnação, referindo-se ao Laudo Técnico da KPMG que foi apresentado pela CERAN.

O Acórdão apresentado como paradigma são desta turma, Acórdão 9303-007.039, neste acórdão entendeu-se que o reajuste pelo IGPM não reflete o custo de produção nem a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados e, por conseguinte, descaracteriza o contrato reajustado por esse índice como 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. E que a **utilização do IGPM, não descaracteriza o contrato como de preço predeterminado somente se ficar comprovado que a utilização do índice resultou em correção menor ou igual ao custo de produção ou à variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.**

O Acórdão recorrido neste ponto é convergente com o acórdão paradigma. **O r. Acórdão recorrido não deu** ao art. 10, inciso XI, da Lei nº 10.833/2003 e ao art. 3º, parágrafo único, da Instrução Normativa SRF nº 658/2006 aplicação **divergente** daquela que lhe deu os r.

Acórdãos trazidos como paradigma, senão que, **pelo contrário, consagrou a mesma interpretação, senão vejamos:**

Esta relatora particularmente entende, com base nos princípios de direito privado, que a atualização monetária, pelo IGPM, de valor fixado em título executivo não representa uma alteração do preço, mas a própria manutenção do valor predeterminado. Em outras palavras, o preço predeterminado não se descaracteriza pela aplicação de indexador, o qual constitui mera atualização monetária dos valores dos contratos e não torna o preço pactuado predeterminado) para fornecimento de bens e serviços em preço indeterminado, sendo ilegal da exclusão promovida pela IN 468/04.

Nesse sentido, compactuo com as considerações tecidas pelo Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto, no Acórdão 3402003.302, aqui convocadas como razão de decidir, conforme permite o artigo 50, §1º da Lei n. 9.784/99. In verbis:

[...]

Contudo, a discussão na jurisprudência deste Conselho tomou contornos além daqueles expostos na passagem acima transcrita. Explico.

Do disposto no artigo 109 da Lei no 11.196/2005, combinado com o artigo 27, parágrafo 1º, inciso II, da Lei no 9.069/1995, verificasse que o contrato que tenha seu preço reajustado em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados não perde a característica de contrato a preço predeterminado, a que se refere o artigo 10, inciso XI, alínea “b”, da Lei no 10.833/2003.

Interpretando tais dispositivos, a Câmara Superior de Recursos Fiscais pacificou a controvérsia, pelo Acórdão n. 9303004.456, o qual restou assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUICAO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Data do fato gerador: 13/08/2004

PIS. COFINS. CONTRATO DE PRECO PREDETERMINADO. APLICACAO DO
IGPM. REGIME DE INCIDENCIA NAO CUMULATIVA.

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

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

Recurso Especial do Procurador Provido.

Cumpra-se a necessidade de observância da decisão proferida pelo CARF no supra citado acórdão, uma vez que o Novo Código de Processo Civil, cuja aplicação subsidiária ao Processo Administrativo Fiscal agora é expressa (artigo 15), determina em seu artigo 926 que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

Pois bem. Em suma, o referido julgado (Acórdão n. 9303004.456) previu que não ficam descaracterizados os contratos a preço predeterminado sempre que houver prova de que o índice de correção adotado nos contratos fiscalizados implica alteração de preço menor ou igual à variação ponderada dos custos de produção do contribuinte.

Nesse ponto exsurge a questão do ônus da prova.

Verifica-se que o Acórdão recorrido aplica a jurisprudência desta turma no sentido de que “o IGPM não reflete o custo de produção nem a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados e, por conseguinte, descaracteriza o contrato reajustado por esse índice como de preço predeterminado, condição sine qua non para manter as receitas decorrentes desse tipo de contrato no regime de incidência cumulativa do PIS e da Cofins”.

No entanto, entenderam que a conclusão apresentada em laudo técnico juntado pela Contribuinte, conclui-se que os ajustes de preços praticados nos contratos enquadram-se no conceito de “preço predeterminado” do artigo 10, inciso XI, alínea “b” da Lei n. 10.833/03. Por conseguinte, a Contribuinte possui o direito de tributar a receita deles decorrente na sistemática cumulativa da Contribuição ao PIS e da COFINS, e, havendo valores indevidamente recolhidos no período, porque erroneamente submetidos à não-cumulatividade das contribuições, devem ser a ela restituídos.

O Acórdão paradigma adotam como fundamento de decidir razões semelhantes às adotadas no Acórdão recorrido. Mas o Acórdão recorrido concluiu – tal como a jurisprudência consolidada dessa E. CSRF –, que, caso seja apresentado Laudo Técnico demonstrando que a variação do índice de atualização utilizado é inferior aos aumentos dos custos de produção, não há descaracterização do contrato como de “preço predeterminado”.

Alias, veja-se que na própria ementa do r. Acórdão paradigma n.º 9303-007.039 já se demonstra que, no caso então analisado, não houve comprovação de que a variação do IGPM teria sido inferior, no período, aos índices do setor:

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.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP 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.

Neste Acórdão paradigma diferentemente do que ocorre no presente caso não houve a referida comprovação.

E verifica-se que as razões de decidir do Acórdão paradigma n.º 9303007.039, também, convergem com as razões do r. Acórdão recorrido.

Neste caso, ainda que o contribuinte tenha trazido Laudo Técnico sobre os aumentos do custo de produção, tal Laudo **não foi considerado nas razões do voto vencedor:**

Analisando a quaestio, a Relatora em suas razoes de decidir inovou o decisium, uma vez que matéria relacionada a prova "laudo" não foi aceita como divergente, ate porque do julgamento do Recurso Voluntario nada foi tratado a respeito de laudo tecnico.

(...)

Não e licito 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 ex posta no momento processual devido. (grifou-se)

Neste caso a decisão desconsiderou – por questões processuais que não se repetem no presente caso -, o Laudo Técnico trazido pelo contribuinte. Assim, suas razões não foram firmadas apesar do Laudo Técnico, mas sim sem ele haver ele sido considerado.

Ou seja, os Acórdãos paradigmas trazidos concluem que, não havendo Laudo demonstrando que o índice de atualização utilizado é inferior aos aumentos dos custos de produção, há descaracterização do contrato como de “preço predeterminado”.

Essa é a mesma conclusão do r. Acórdão recorrido, que, na presença de Laudo Técnico, decidiu que não haveria a referida descaracterização.

Não há, portanto, qualquer divergência entre o r. Acórdão recorrido e os r. Acórdãos trazidos como paradigmas.

Nesse ponto, vale destacar que o provimento do Recurso Voluntário decorreu da análise prova técnica trazida aos autos (laudo elaborado pela KPMG), que comprova que a variação dos reajustes nos preços de energia dos contratos analisados se deu em percentual inferior à variação dos custos totais da CERAN no período que abrange aquele a que se refere o crédito utilizado na compensação discutida no presente Processo Administrativo.

E, havendo prova técnica em tal sentido – como no caso concreto -, os próprios r. Acórdãos trazidos como paradigmas reconhecem que o regime de apuração a ser adotado é o cumulativo.

Já o acórdão paradigma nº3301003.643 **foi reformado por essa C. CSRF**, em 19 de junho de 2019, pelo r. Acórdão nº 9303008.442. E, a propósito, este último Acórdão que reformou aquele paradigma **converge** com o entendimento exposto no r. Acórdão recorrido:

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.

Diante do exposto, não conheço do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Érika Costa Camargos Autran

Fl. 10 do Acórdão n.º 9303-011.998 - CSRF/3ª Turma
Processo nº 11080.928479/2009-61