



Processo nº 11080.928482/2009-84
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-012.000 – CSRF / 3^a 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: 01/01/2006 a 31/01/2006

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 arrestos, 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 3402-006.290, 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: 01/01/2006 a 31/01/2006

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, consequentemente, 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 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 o paradigma nº **3302-004.797**.

Nos termos do despacho de fls. 912 a 916, 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 paradigmáticos 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 paradigmáticos 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.

O Acórdão apresentado como paradigma é o 3302-004.797, 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 Acordão recorrido neste ponto e convergente com os acórdãos paradigmáticos. **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, consagrhou 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 Acordão 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 reflete 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 Acordão 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.

Cumpre realçar a necessidade de observância da decisão proferida pelo CARF no supra citado acordão, uma vez que o Novo Código de Processo Civil, cuja aplicação subsidiaria 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 adota como fundamento de decidir razões semelhantes àquelas adotadas no Acórdão recorrido, tanto é que Acórdão recorrido em suas razões de decidir tem trecho **idêntico** à ementa do r. Acórdão trazido como paradigma, senão vejamos:

Acórdão n° 3302-004.797 (paradigma):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/01/2003

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 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.

Recurso Voluntário Negado

Direito Creditório Não Reconhecido

Trecho do r. Acórdão recorrido, qu adota o r. Acórdão nº 9303004.456 desta C. CSRF como razões de decidir

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.

Ressalto também, que o acórdão paradigma adotado como fundamento de decidir as razões de mérito apresentadas justamente n Acórdão nº 9303004.539, que é precisamente o Acórdão também adotado pelo r. Acórdão recorrido em suas razões de decidir. Não há, portanto, qualquer divergência entre o r. Acórdão recorrido e o r. Acórdão trazido como paradigma.

Ademais, 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”.

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

Já o acórdão paradigma foi no sentido de que **havendo prova técnica em tal sentido – como no caso concreto reconhece que o regime de apuração a ser adotado é o cumulativo**. Confira-se, novamente, no r. Acórdão trazido como paradigma:

Neste cenário, adoto como fundamento de decidir, as razões de mérito apresentadas pelo i. Julgador Rodrigo da Costa Pôssas, nos autos do PA nº 11080.003212/200969 (acórdão 9303004.539), que deu provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional para reformar a decisão que dava provimento ao recurso voluntário interposto pelo contribuinte nos seguintes termos:

[...]

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

No presente caso, a contribuinte não provou que o resultado da correção pelo IGPM reajuste de preços em função do custo de produção ou da variação de índice que refletisse a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

[...]

Além disso, ressalte-se que a exceção contida no § 3º [da IN/SRF nº 658/06] 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, não tendo sido trazida aos autos qualquer comparação entre o percentual de reajuste e a variação do IGPM no período."

Veja-se que o. Acórdão trazido como paradigma reporta-se, diretamente, a r. Acórdão desta C. CSRF que expressamente considera que, caso seja apresentado Laudo Técnico demonstrando que o índice de atualização utilizado é inferior aos aumentos dos custos de produção, não há descaracterização do contrato como de “preço predeterminado”. Dessa forma, a conclusão do r. Acórdão recorrido, que está baseada em Laudo Técnico apresentado pela

CERAN, é **logicamente equivalente** à conclusão do r. Acórdão trazido como paradigma – como também é equivalente ao entendimento consolidado no âmbito desta Câmara.

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.

Assim, entendo que está ausente a divergência entre o r. Acórdão recorrido e o r. Acórdão trazido como paradigma, não há como ser conhecido o Recurso Especial.

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

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Érika Costa Camargos Autran