



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11080.929128/2009-77
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-015.459 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 16 de julho de 2024
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado COMPANHIA ESTADUAL DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - CEEE-T

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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

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 Josefovich 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 contribuição para o PIS, no período de apuração novembro de 2004.

A empresa entregou demonstrativos de apuração do PIS, 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 nº 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 nº 11.196/2005, mais especificamente seu art. 109, combinado com o disposto na IN SRF nº 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 nº 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 nº 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 nº 9.069/1995.

A 2ª Turma da DRJ/POA, Acórdão nº 10-42.484, negou provimento à manifestação de inconformidade, com decisão assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 3401-009.866, ora recorrido, deu provimento ao recurso voluntário:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

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 nº 10.833/2003, art. 109 da Lei nº 11.196/2006 e IN SRF nº 658/2006, especificamente quanto ao reajuste de preços pelo IGP-M descaracterizar 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 nº 658/06 (art. 27, § 1º, inciso II da Lei nº 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 paradigma o Acórdão nº 3302-004.797:

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.

O r. Despacho de e-fls. 868-871 deu seguimento ao Recurso Especial, nesses termos:

A recorrente demonstrou a divergência pela comparação entre as ementas 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:

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.

Por sua vez, o paradigma considerou 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:

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

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 nº 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 paradigma têm em comum a referência aos seguintes elementos, que são os requisitos exigidos pelo inciso XI, do art. 10 da Lei nº 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 foram atualizados pelo IGP-M.

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.

Explico.

O art. 10 da Lei nº 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 nº 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 nº 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 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.

Com a publicação da Lei nº 11.196/05, e considerando seu art. 109, a Receita Federal editou a IN/SRF nº 658/06, com fundamento na autorização prevista no art. 92 da Lei nº 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 nº 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 nº 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 nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e no art. 109 da Lei nº 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 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.

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, 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}	{192.552.139,66}
%	8,1399	2,3834
IGP-M Acumulado 12m - 31/Dez	3,8476	1,2008

* Custos de produção a partir das demonstrações 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 nº 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 nº 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 foi na mesma linha de que o art. 3º, 3º, é exceção, mas a conclusão foi diversa, porquanto a empresa não apresentou prova 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 condutor:

Rendo-me às conclusões do Ilustre Conselheiro Gílson, no voto proferido no Acórdão nº 9303003470, quando o colegiado decidiu por acatar o recurso especial do contribuinte, no sentido de que apesar de o IGPM não representar a variação dos custos de produção da energia elétrica, estando comprovado nos autos que sua utilização resultou em reajuste inferior à variação desses custos, penso que não há razão para retirar do contrato a característica de "predeterminado" que exige a Lei para permanência do contribuinte no regime cumulativo. Nesse sentido transcrevo o seguinte trecho do citado acórdão: (...)

Por derradeiro, gostaria de pontuar que não vejo problemas na utilização de índices propostos em contrato, como por exemplo o IGPM, para correção do preço.

Contudo, se o contribuinte optasse por se manter no regime cumulativo, caberia a demonstração de que a correção pelo índice eleito levaria a um resultado igual ou menor do que o resultado do reajuste de preços em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados. (...)

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.

À luz do que determina o art. 333 do Código de Processo Civil, caberia à contribuinte, e não ao Fisco, esta prova, pois é ela que está a alegar um direito, ainda mais quanto se está diante de pedido de restituição e compensação, para o

quê se exige a certeza e liquidez do crédito pleiteado, conforme arts. 165 e 170 do CTN.

Observe-se que no voto condutor da decisão de primeira instância administrativa, o Acórdão n.º 1039.971, da DRJ/POA, constou que a contribuinte não apresentou qualquer comparação entre o percentual de reajuste autorizado pelo art. 109 da Lei n.º 11.196, de 2005 (repetido na IN SRF n.º 658/2006), e a variação do IGPM.

(...)

Além disso, ressalte-se que a exceção contida no § 3º 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.**

Conclusão.

Por todo exposto, em especial, por entender 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; **que a contribuinte não comprovou que o resultado da variação pelo IGPM foi igual ou inferior ao resultado da variação em função do custo de produção ou da variação ponderada dos custos dos insumos utilizados; que o ônus da prova recai sobre quem alega um direito, por aplicação do art. 333 do CPC; concluo que no presente caso a Contribuição para o PIS/Pasep deve incidir no regime não cumulativo**, motivo pelo qual voto por dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional. O que foi decidido aqui tem validade também para os processos da Cofins, com os mesmos fundamentos.

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

Elementos	Acórdão Recorrido	Acórdão Paradigma
Requisitos do inciso XI, do art. 10 da Lei n.º 10.833/2003	Sim	Sim
Atualização pelo IGP-M	Sim	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.	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, que não</u>	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; <u>a contribuinte não comprovou que o resultado da variação pelo IGPM foi</u>

Elementos	Acórdão Recorrido	Acórdão Paradigma
	<u>houve alteração do critério de preço predeterminado, conforme reza a IN SRF 658/06.</u>	<u>igual ou inferior ao resultado da variação em função do custo de produção ou da variação ponderada dos custos dos insumos utilizados; que o ônus da prova recai sobre quem alega um direito, por aplicação do art. 333 do CPC;</u> concluo que no presente caso a Contribuição para o PIS/Pasep deve incidir no regime não cumulativo.

Então, da leitura do acórdão recorrido e do paradigma acima citado, não há como se afirmar que as decisões são divergentes, apenas os resultados. Logo, não se conhece de Recurso Especial diante da ausência de divergência jurisprudencial suscitada.

Conclusão

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

(documento assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro, Relatora