



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13896.721004/2015-24
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-008.442 – 3ª Turma
Sessão de 16 de abril de 2019
Matéria CONTRATO PREÇO PRÉ-DETERMINADO
Recorrente AES TIETÊ S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Andrada Márcio Canuto Natal (relator), Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito e Jorge Olmiro Lock Freire, que lhe negaram provimento. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Tatiana Midori Migiyama.

(Assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício

(Assinado digitalmente)

Andrade Márcio Canuto Natal - Relator

(Assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama - Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pelo contribuinte em face do acórdão nº 3301-003643, de 24/05/2017, o qual possui a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2011

*REAJUSTE CONTRATUAL. IGPM. 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 nº 10.833/2003. Tal contrato prevê o reajuste do preço da energia pela variação do IGPM. Em sendo índice geral de preços, medida abrangente do movimento de preços, não é função do custo de produção, tampouco variação de índice que reflete 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 nº 11.196/2005, quando o reajuste de preços em função do custo de produção ou da variação de índice que reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, que não é o caso do IGPM.

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 N° 658/2006 TEM ALCANCE E AMPLITUDE DETERMINADO PELO ART. 109 DA LEI N° 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 reflete 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 reflete 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 FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Ano-calendário: 2011

REAJUSTE CONTRATUAL. IGPM. 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 nº 10.833/2003. Tal contrato prevê o reajuste do preço da energia pela variação do IGPM. Em sendo índice geral de preços, medida abrangente do movimento de preços, não é função do custo de produção, tampouco variação de índice que reflete 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 econômicofinanceiro do contrato. Qualquer alteração nesse "valor fixado", seja a título de correção monetária, seja de revisão de preços, desfaz a predeterminação do preço, descharacterizandoa. A única exceção é a do art. 109 da Lei nº 11.196/2005, quando o reajuste de preços em função do custo de produção ou da variação de índice que reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, que não é o caso do IGPM.

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 N° 658/2006 TEM ALCANCE E AMPLITUDE DETERMINADO PELO ART. 109 DA LEI N° 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 reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, que não descharacteriza o preço predeterminado; mas um reajuste de preços que também seja função do custo de produção ou ser variação de índice que reflete 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: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

NULIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DA PROVA PRODUZIDA PELA RECORRENTE NOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DILIGÊNCIA. PEDIDO INDEFERIDO.

Ainda que o reajuste pelo IGPM seja não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção ou à variação de índice que reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos da IN SRF nº 658/06; deve o reajuste também ser função do custo de produção ou ser variação de índice que reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, em obediência ao art. 109 da Lei nº 11.196/05; o que não ocorreu. Disso decorre a desnecessidade de considerar tal laudo em sede de julgamento; o não prejuízo, portanto, do direito ao devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, nem da busca da verdade material; o descabimento da anulação do auto com base em sua desconsideração e a desnecessidade de qualquer diligência que busque prova da relação entre o reajuste e o acréscimo dos custos de produção.

JUROS MORATÓRIOS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. DEVIDOS.

O art. 161 do CTN assevera que "o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta", tendo tal crédito decorrente da obrigação principal, esta que "surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária", nos termos dos artigos 113, § 1º, e 139 do mesmo Código.

Recurso Voluntário Negado

A insurgência do contribuinte em seu recurso especial foi levantada em relação às seguintes matérias: 1) Quanto ao cumprimento dos requisitos legais e infralegais para manutenção no regime cumulativo; 2) Quanto à falta de análise das provas acostadas aos autos; 3) Quanto ao conceito de preço preterminado; 4) Quanto ao caráter normativo da Nota Técnica 224/2006 da ANEEL; e 5) Quanto à não incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Despacho de admissibilidade aprovado pelo presidente da 3ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF deu seguimento parcial ao recurso especial somente para a discussão das matérias constantes dos itens 1, 3 e 5, listados no parágrafo anterior.

Desta admissibilidade parcial do recurso especial, o contribuinte apresentou agravo, o qual foi negado pela presidente da 3ª Turma da CSRF.

Em contrarrazões a Fazenda Nacional pede o improvimento do recurso especial, pela manutenção integral do acórdão recorrido.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal, relator.

O recurso especial do contribuinte é tempestivo e atende aos demais pressupostos formais e materiais ao seu conhecimento.

As três matérias admitidas para apreciação deste colegiado foram: 1) Quanto ao cumprimento dos requisitos legais e infralegais para manutenção no regime cumulativo; 2) Quanto ao conceito de preço preterminado; e 3) Quanto à não incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Tenho para mim que as duas primeiras matérias se interligam em seu mérito, pois a condição que a legislação exige para que se mantenha a tributação do PIS e da Cofins no regime cumulativo é que o contrato seja de preço predeterminado. Portanto verifiquemos o que a legislação exige para que o contrato seja de preço predeterminado e as condições do referido contrato quanto à possibilidade de sua tributação das contribuições sociais no regime cumulativo.

A fiscalização da Receita Federal efetuou lançamento de ofício para a exigência de PIS e de Cofins referente aos fatos geradores do ano calendário de 2011. Em síntese, as contribuições foram recolhidas pelo contribuinte no regime de apuração cumulativo e a fiscalização entende que o contrato firmado com a Eletropaulo e objeto das receitas da autuação, não satisfaz o requisito exigido pela lei de ser por preço predeterminado, em razão de que sua cláusula contratual prevê reajuste pelo IGPM.

A respeito da discussão se o IGPM poderia ser utilizado nos contratos e, tal fato, não afastar a sua condição de ser de preço predeterminado, já proferi um voto neste sentido em um julgamento de recurso voluntário em que a recorrente era a mesma do presente processo. Foi no acórdão nº 3301-002.196, sessão de 25/02/2014. Como não mudei de ideia transcrevo-o como razão de decidir no presente processo:

O voto de nosso eminente Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, na análise de mérito, foi direto ao único assunto controverso que é se a utilização do IGPM, como índice de correção dos contratos firmados pela recorrente, descharacteriza ou não estes contratos como de preços pré-determinados. A sua conclusão é que a “utilização do IGPM ou de qualquer índice, como IGP-DI, INPC, INCC, não retira do contrato a natureza de “preço predeterminado”, vez que esses índices expressam

tão somente a variação do padrão monetário nacional, medida essa indispensável para a garantia do equilíbrio contratual”.

Com todo respeito ao ilustre relator, ouso discordar de sua conclusão. Inicialmente vejamos o que dispõe o inc. XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003:

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:

(...)

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

Ou seja, da letra clara da lei, somente poderia continuar no regime de apuração cumulativa os contratos que fossem firmados em data anterior a 31/10/2003 e que respeitasse as condições cumulativas constantes da alínea “b”, acima transcrita.

No caso dos presentes autos a única controvérsia é se a aplicação do IGPM descaracterizaria a condição de terem sido firmados a preço predeterminado.

Oportuno ressaltar que todas as conclusões a serem aqui estabelecidas abrangem também o PIS por força do disposto no art. 15 deste mesmo diploma legal.

Posteriormente, como bem alinhavado pelo relator e pela recorrente, foi editado o art. 109 da Lei nº 11.196/2005, que assim dispôs:

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. (grifei)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se desde 1º de novembro de 2003.

O dispositivo legal deixou claro que a utilização de reajuste de preços em função do custo de produção, ou de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, não descaracteriza o preço predeterminado de que trata a alínea “b” do inc. XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003.

Observe-se aqui que o dispositivo legal não fez referência a qualquer índice que reflete a variação do padrão monetário nacional como concluiu o relator e como pretende a recorrente. Poderia tê-lo feito mas não o fez. Deixou expressamente detalhado que o índice utilizado, para não descharacterizar o preço predeterminado, teria que ser em função do custo de produção ou que refletisse a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

O IGPM, como informado pela própria recorrente em sua manifestação de inconformidade e no seu recurso voluntário, não tem esta característica. Transcrevo abaixo o item 53 da Manifestação de Inconformidade e 59 do Recurso Voluntário:

“Nesse sentido, vale destacar que o IGPM é meramente um índice de correção monetária. Trata-se de uma das versões do Índice Geral de Preços (IGP). É medido pela FGV e registra a inflação de preços desde matérias-primas agrícolas e industriais até bens e serviços finais.” (grifei)

Por oportuno transcrevo abaixo trecho da Nota Técnica Cosit nº 01/2007, a qual utilizei como razão de decidir, pois concordo com as suas conclusões:

27. A fim de esclarecer qualquer dúvida, faz-se necessário distinguir “índices de preços setoriais” de “índices de custos setoriais”. Índice de preços setoriais reflete a inflação a que foi submetido um determinado setor. Já índice de custos setoriais, como o próprio nome indica, reflete os custos envolvidos na atividade de um dado setor.

29. Segundo informações constantes do sítio da FGV na internet (www.fgv.br), o IGPM, principiou a ser calculado a partir de junho de 1989, por solicitação de um grupo de entidades de classe do setor financeiro, liderado pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras, em decorrência das constantes mudanças ocorridas nos indicadores da correção monetária e da inflação oficial. Esse índice origina-se da média ponderada do Índice de Preços por Atacado (IPAM; 60%), do Índice de Preços ao Consumidor (IPCM; 30%) e do Índice Nacional de Custos da Construção (INCCM; 10%).

30. É desnecessário apresentar maiores detalhes acerca das características do IGPM para verificar que este não se trata de “índice que reflete a variação dos custos de produção” e nem de “índice que reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados” – a sua própria denominação e a dos índices que o compõem é suficientemente elucidativa.

Portanto, diante do exposto, em atenção à disposição literal da lei tributária, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Tenho consciência que o acórdão nº 3301-002.196, do qual transcrevi o voto acima, foi revertido pelo acórdão nº 9303-003470, no qual a unanimidade do colegiado da 3ª Turma da CSRF, com relatoria do ilustre conselheiro Gilson Macedo Rosemburg Filho, deu

provimento ao recurso especial do contribuinte. Porém, neste acórdão o voto do relator, o qual utilizou de um outro voto do ilustre ex-conselheiro Henrique Pinheiro Torres, teve a mesma conclusão minha, acima transcrita, a respeito da possibilidade de que o uso do índice de correção, pelo IGPM, pudesse caracterizar o contrato como de preço predeterminado. Confira-se com a transcrição de alguns excertos do voto:

(...)

45. Portanto, emerge dos próprios dispositivos legais que tratam da matéria em tela que variações de preço com base em índices gerais de preços descaracterizam os preços contratados pela impugnante como predeterminados.

De tudo o que foi dito acima, não há como deixar de reconhecer que os contratos da recorrida, objeto da controvérsia ora em debate, não se caracterizavam como de preço predeterminado, e, por conseguinte, o regime de tributação do PIS e da COFINS, incidentes nas receitas referentes a esses contratos deve ser o não-cumulativo, como, acertadamente, decidiu o órgão julgador de primeira instância. Aliás, aqui peço licença para, mais uma vez, transcrever excerto do acórdão primeiro como arrimo desta decisão.

(...)

47. Do exposto, conclui-se que os contratos em questão não se caracterizam como a preço predeterminado, para fins de enquadramento nas hipóteses prevista na alínea “b” do inciso XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003, razão pela qual as receitas da impugnante deles decorrentes submetem-se a tributação pelo regime não-cumulativo das contribuições.

(...)

Contudo, apesar desta conclusão, deram provimento ao recurso especial do contribuinte por terem entendido que o laudo pericial apresentado pelo contribuinte teria comprovado que o índice calculado pelo IGPM para correção do contrato era inferior ao resultado do reajuste de preços em função do custo de produção ou da variação ponderada de custos dos insumos utilizados. Confira:

(...)

Compulsando os autos, identifiquei a existência do laudo da Pricewaterhouse, fls. 589/594 (numeração eletrônica) que conclui: "...com base na análise comparativa dos custos de geração de energia elétrica com os preços de energia faturada à AES Eletropaulo podemos compreender que os reajustes nos preços da energia foram em percentual inferior à variação nos custos de geração de energia no período compreendido entre 04 de julho de 2002 a 04 de julho de 2010". Portanto, entendo que o sujeito passivo demonstrou sua intenção de se manter no regime cumulativo.

(...)

Com a devida vena não concordo de maneira alguma com essa conclusão. A natureza do contrato depende unicamente da avaliação de suas cláusulas, no momento de sua assinatura. Estabelecida a sua natureza, eventos futuros não podem alterá-la. A título de exemplo, vamos supor uma situação hipotética de um contrato que, indiscutivelmente, não seja de preço predeterminado, como um que preveja correção do preço por índice anual de 20%. Com esse formato, o contribuinte deveria recolher as contribuições no regime não-cumulativo. Ao final do ano, estabelecido o reajuste de 20%, ele contrata um laudo pericial e comprova que os custos dos insumos subiram em proporção superior ao percentual de reajuste. Por esta tese, o contribuinte poderia dizer que o contrato dele tinha natureza de preço predeterminado, nos termos da Lei e pedir restituição/compensação do que foi pago a maior.

Portanto, como demonstrado, se o contrato que prevê o IGPM como índice de reajuste não pode ser considerado como de preço predeterminado, ele permanece nesta condição independente de qualquer evento posterior à sua assinatura. Assim, se os custos setoriais foram superiores ou inferiores ao IGPM, tal fato é irrelevante, de forma que nenhuma utilidade tem o laudo pericial apresentado pelo contribuinte.

Do exposto, a conclusão é que o lançamento fiscal está correto e o contribuinte não poderia, em relação a esse contrato, ter apurado o PIS e a Cofins no regime cumulativo. No mais, nos termos do § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99, adoto o acórdão recorrido também como razão de decidir.

Juros de mora sobre a multa de ofício

A incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício já foi solucionada definitivamente por meio da Súmula CARF nº 108, abaixo transcrita.

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso especial interposto pelo contribuinte.

(Assinado digitalmente)
Andrade Márcio Canuto Natal

Voto Vencedor

Conselheira Tatiana Midori Migiyama

Peço vênia ao nobre Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal, que tanto estimo, para expor o entendimento vencedor que prevaleceu quando da discussão do mérito da lide.

A priori, importante recordar que o mérito da lide envolve a discussão acerca do reajuste estipulado em contrato – se o reajuste descharacterizaria ou não o preço predeterminado.

Para melhor elucidar o entendimento que prevaleceu em sessão, importante recordar o art. 10, inciso XI, alínea “b”, da Lei 10.833/03, *in verbis*:

"Lei 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; [...]"

Posteriormente, especificamente em 22.11.05, foi publicada a Lei 11.196/05 – que trouxe o seguinte dispositivo (Grifos meus):

"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 reflete 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.”

O que, em respeito à norma legal, que naquele momento dispôs sobre o reajuste de preço para o caso em questão e de forma retroativa – vez que explicitou que o art. 109 da Lei 11.196/05 deve ser aplicado desde 1º de novembro de 2003, passo a apreciar também a IN SRF 658/06 – não entrando no mérito da discussão acerca da produção dos efeitos retroativos estabelecidos no parágrafo único do art. 109 da Lei.

Quanto à IN SRF 658/06, publicada posteriormente à Lei 11.196/05 e que revogou a IN 468/04, que trouxe, por sua vez, os arts. 3º e 4º, *in verbis* (Grifos meus):

“*Do Preço Predeterminado*

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.”

É de se considerar que a IN SRF 658/06, especificamente em seu art. 3º, § 3º, está em consonância com o art. 109 da Lei 11.196/05 ao dispor que 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 9.069, de 29 de junho de 1995, **não descaracteriza o preço predeterminado**.

Sendo assim, cabe enfatizar que a norma tributária literalmente traz que o reajuste de preços efetivado em percentual não superior àquele correspondente ao acréscimo dos custos de produção não descaracteriza o preço determinado, podendo o sujeito passivo continuar a observar a sistemática cumulativa das contribuições.

Nesse ínterim, vê-se que o sujeito passivo acostou aos autos Laudo elaborado por renomada empresa de auditoria independente - PricewaterhouseCoopers " PwC" – atestando que o reajuste do contrato foi em percentual inferior à variação nos custos de geração de energia no período, atendendo plenamente a norma tributária para a manutenção da sistemática cumulativa das contribuições, vez que não houve efetivamente alteração do critério de preço predeterminado. É de se atentar que o laudo foi acostado em sede de impugnação – doc nº 7.

Tais dados também foram vislumbrados pela auditoria independente que, por sua vez, pela própria atividade, deve atestar as informações constantes do laudo com base em documentos comprobatórios apresentados pelo contratante, sob pena de ser responsabilizado e sofrer punições no âmbito regulatório/criminal.

Ademais, frise-se tal entendimento o acórdão 9303-003.470 – que consignou a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

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

As receitas originárias de contratos de fornecimento de serviços firmados até 31/10/2003 submetem-se à incidência cumulativa, desde que observados os termos e condições consolidados pela IN SRF 658/06.

A mesma conclusão se estende à Contribuição ao PIS.”

Naquela ocasião, por unanimidade de votos, a 3^a Turma da CSRF deu provimento ao recurso especial interposto pelo sujeito passivo que, por sua vez, também era a AES Tietê, para considerar o laudo da PWC. Transcrevo parte do voto daquele acórdão:

“[...]

Caso o resultado da aplicação do índice eleito superasse o resultado da aplicação do índice previsto na IN SRF nº 658/2006, deveria deixar de aplica-lo e assim se manteria no regime cumulativo.

Compulsando os autos, identifiquei a existência do laudo da Pricewaterhouse, fls. 589/594 (numeração eletrônica) que conclui: "...com base na análise comparativa dos custos de geração de energia elétrica com os preços de energia faturada à AES Eletropaulo podemos compreender que os reajustes nos preços da energia foram em percentual inferior à variação nos custos de geração de energia no período compreendido entre 04 de julho de 2002 a 04 de julho de 2010". Portanto, entendo que o sujeito passivo demonstrou sua intenção de se manter no regime cumulativo.”

Proveitoso elucidar que, no caso vertente, foi considerado o laudo, e não especificamente e de forma isolada a adoção do índice IGPM no contrato – vez que nessa parte a minoria do Colegiado, inclusive essa Conselheira, resta vencida nessa discussão.

Tanto é assim que o acórdão 9303-003.470 relativo ao julgamento ocorrido em fevereiro/2016, ao ter dado provimento, por unanimidade, ao recurso do sujeito passivo, considerou efetivamente o laudo ao decidir pela incidência cumulativa das contribuições, e não a adoção isolada do IGPM como índice que reflete as variações de custos dos insumos utilizados.

Tanto é assim que esse era o entendimento dessa turma que prevaleceu, por maioria de votos, desde dezembro/2015, através do acórdão 9303-003.373 ao ser dado provimento ao recurso interposto pela Fazenda em julgamento ocorrido em dezembro/2015. Naquela ocasião, o sujeito passivo nem trouxe laudo comprovando o que determinava a IN para se tributar pela incidência cumulativa. Vê-se parte da decisão transcrita pelo nobre ex-Conselheiro Henrique Torres (Grifos meus) em seu voto:

“[...]

51. Ademais, relendo o art. 109 da Lei nº 11.196/2005, salvo nas hipóteses lá expressas, quaisquer reajustes de preços ocasionarão a descaracterização como preço predeterminado. E as duas únicas possibilidades, como já exaustivamente colocado, são: 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. Isto quer dizer que para reajustar seus preços e permanecer atendendo ao disposto na regra de exceção da não cumulatividade (ou seja, manter-se na cumulatividade), a contratada deve demonstrar que não está aplicando um índice aos seus próprios preços, mas sim, que os preços das etapas econômicas anteriores é que foram modificados: somente neste caso, o incremento do valor do contrato não estaria refletindo o aumento da carga tributária da própria contratada, mas de um aumento de custo de sua produção.”

Em vista de todo o exposto, entendemos que, no caso vertente, considerando o laudo acostado aos autos, não houve descaracterização do preço predeterminado – o que, por conseguinte, damos provimento ao Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo.

Quanto à discussão acerca dos juros de mora sobre a multa de ofício, independentemente de essa matéria já estar sumulada, vê-se que, por conta do mérito, a sua apreciação restou prejudicada.

É o meu voto.

(Assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama