



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

Processo n° 13982.721360/2012-26
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9303-003.427 – 3ª Turma
Sessão de 27 de janeiro de 2016
Matéria AI PIS e Cofins - Contrato por preço determinado - Regime de tributação cumulativa
Recorrente Fazenda Nacional
Interessado Campos Novos Energia S.A.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Exercício: 2008, 2009, 2010

REGIME DE INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA. REQUISITOS.

O reajuste por índice composto pelas variações do IGP-M e do Dólar norte-americano não reflete o custo de produção tampouco 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

Exercício: 2008, 2009, 2010

REGIME DE INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA. REQUISITOS.

O reajuste por índice composto pelas variações do IGP-M e do Dólar norte-americano não reflete o custo de produção tampouco 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.

Recurso Especial do Procurador Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso da Fazenda Nacional. Vencidas as Conselheiras Tatiana Midori Migiya, Vanessa Marini Cecconello e Maria Teresa Martínez López, que negavam provimento.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 21/02/2016 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado digitalmente em 22/02/

2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, Assinado digitalmente em 21/02/2016 por HENRIQUE PINHEIRO T

ORRES

Impresso em 29/02/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

Henrique Pinheiro Torres - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Tatiana Midori Migiyama, Júlio César Alves Ramos, Demes Brito, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Valcir Gassen, Rodrigo da Costa Pôssas, Vanessa Marini Ceconello, Maria Teresa Martínez López e Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

Trata-se de autos de infração lavrados para constituir crédito tributário relativo ao PIS e à Cofins que o Sujeito Passivo teria recolhido a menor em virtude de haver utilizado a sistemática de incidência cumulativa dessas contribuições, ao invés da não-cumulativa, defendida pelo Fisco.

O órgão julgador de primeira instância, por unanimidade de votos, manteve, integralmente, o lançamento fiscal, sob o fundamento de que as cláusulas de reajuste de preço descaracterizariam o contrato como sendo de preço predeterminado, o que, por si só, impediria o recolhimento dessas contribuições na sistemática cumulativa.

Contra essa decisão, o sujeito passivo apresentou recurso voluntário, que foi provido, por maioria, sob o fundamento de que as cláusulas de reajuste de preço com base na variação do IGP-M e do Dólar Norte Americano não descaracterizaria o contrato como sendo de preço predeterminado. O acórdão foi assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Exercício: 2008, 2009, 2010

1. A Secretaria da Receita Federal, ao editar a IN SRF 468/04 impediu que contrato com preço predeterminados anteriores usufruam o regime da cumulatividade, uma vez que alterou o conceito de preço predeterminado, ao entender que a mera atualização monetária acarreta mudança no preço.

2. O preço predeterminado em contrato não perde sua natureza simplesmente pela previsão de reajuste decorrente da correção monetária

3. A jurisprudência do STJ já se manifestou no sentido de que preço predeterminado em contrato, previsto no art. 10, XI, b, da Lei 10.833/03, não perde sua natureza simplesmente por conter cláusula de reajuste decorrente da correção monetária. Ilegalidade da IN n.º 468/04.

Recurso Voluntário provido.

A Fazenda Nacional dissentiu dessa decisão e apresentou recurso especial, e-fls. 1.172 a 1.187, por meio do qual requereu a reforma do acórdão vergastado para que seja restabelecida a decisão de primeira instância.

O recurso especial fazendário foi admitido, nos termos do despacho de e-fls. 1.194 a 1.195.

Contrarrazões vieram às fls. 3.335 a 3.394, onde, em síntese, a recorrida requer o improvimento do recurso especial da Fazenda Nacional

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Relator

O recurso é tempestivo e dele consta cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os paradigmas, onde se permite ver demonstrado o dissídio jurisprudencial, Razões pelas quais se deve conhecer desse o apelo fazendário.

Inicialmente, deve-se registrar que essa matéria ainda não se encontra apascentada na jurisprudência do CARF, oscilando entre as posições favoráveis aos sujeitos passivos e às defendidas pela Fazenda Nacional. Na última sessão desta Turma, o Colegiado, por maioria de votos, deu provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, sob o fundamento de que o ajuste de preço pelo IGP-M descaracteriza o contrato como sendo por preço predeterminado, condição *sine qua non* para que as receitas decorrentes dos contratos de longo prazo, como os que agora passamos a analisar, sofram a incidência cumulativa das contribuições objeto destes autos.

A discussão em debate centra-se em decidir qual regime de tributação estavam sujeitas as receitas decorrentes de contratos do setor elétrico firmados anteriormente a 31/10/2003, se pelo regime cumulativo ou não-cumulativo do PIS e da Cofins.

De um lado, o sujeito passivo defende que suas receitas permaneceram tributadas pelo regime da cumulatividade, por força do disposto na ¹alínea b do inciso XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003, de outro, o Fisco entendeu que as condições para que as receitas auferidas pela contribuinte permanecessem tributadas pelo regime cumulativo não foram atendidas, e que, portanto, deveriam ter sido recolhidas na nova sistemática, ou seja, na não-cumulatividade.

A controvérsia, pois, reside na questão de se decidir qual o regime de tributação de incidência do PIS e da Cofins aplica-se às receitas decorrentes dos contratos de prestação de serviço de transmissão de energia elétrica, firmados pela ora recorrida. Se permanece no cumulativo, com amparo nas disposições da alínea “b”, inciso XI, do artigo 10, e artigo 15 da Lei nº 10.833/2003, ou no não cumulativo, enquadrando-se na regra do novo regime de tributação dessas contribuições.

¹ 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;

O âmago dessa controvérsia restringe-se à definição do que se deve entender por contrato com preço predeterminado, a que se refere a alínea b do inciso XI do art. 10 da Lei 10.833/2003.

O Fisco, com arrimo na Nota Técnica Cosit nº 1, de 16 de fevereiro de 2007 e no Parecer PGFN/CAT nº 1.610/2007, entendeu que o tipo de contratado de prestação de serviço de transmissão de energia elétrica, celebrado pela ora recorrida, não se enquadraria como contrato de preço predeterminado, pois as cláusulas de reajuste de preços, com base no IGPM, **não refletiriam apenas a variação de custo de produção ou de insumos**, condição necessária para a manutenção da incidência cumulativa do PIS e da Cofins sobre as receitas relativas a esse contrato.

Inicialmente, afasto os argumentos da autuada sobre a ²competência da ANEEL para regulamentar a incidência de tributos, ainda que relativo a atividades do Setor Elétrico. As Notas Técnicas e as Resoluções dessa agência reguladora aplica-se às questões inerentes à geração e à distribuição de energia elétrica e às atividades correlatas. A competência dessa agência reguladora, abrange a seara dos contratos, dos preços da energia e da remuneração das concessionárias e permissionárias desses serviços públicos, mas não é tão ampla a ponto de alcançar as relações de natureza tributária.

Assim, eventuais pronunciamentos da ANEEL sobre regime de tributação aplicáveis a quem quer que seja, é meramente opinativa, despida de qualquer força normativa ou vinculante. Tampouco pode ser incluída no rol da legislação tributária a que alude o art. 96 do CTN.

Desta feita, aqui não será debatido eventual opinião da ANEEL sobre o regime de tributação do PIS e da Cofins, a que está sujeita a recorrida.

Com esses esclarecimentos, passa-se a análise da questão trazida debate.

O PIS e a Cofins foram instituídas na sistemática de incidência cumulativa, posteriormente, com a edição da Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, institui-se o regime não-cumulativo para o PIS/Pasep, com efeitos a partir de 1º de dezembro de 2002. A seu turno, a Medida Provisória nº 135, de 30 de outubro de 2003 convertida na Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, com efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2004, trouxe para a Cofins o regime não-cumulativo. Todavia, algumas pessoas jurídicas, permaneceram obrigadas a recolher essas contribuições na sistemática cumulativa. Também permaneceram sujeitas à incidência cumulativa algumas receitas percebidas pela sociedade empresária, independentemente, do regime a que ela estava sujeita. Essas exceções foram explicitadas nos arts. 10 e 15 da Lei nº 10.833/2003, nos termos seguintes:

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

I- omissis

² LEI Nº 9.427, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1996

Art. 2º. A Agência Nacional de Energia Elétrica ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.....

Autenticado digitalmente em 21/02/2016 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado digitalmente em 22/02/

2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, Assinado digitalmente em 21/02/2016 por HENRIQUE PINHEIRO T

ORRES

Impresso em 29/02/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, por sua vez, editou a Instrução Normativa SRF nº 658, de 4 de julho de 2006, para interpretar os dispositivos legais que tratam do preço predeterminado. Segundo a interpretação da Administração Tributária, cláusulas de reajuste, independentemente da periodicidade, como também as regras de reajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, após sua implementação, afastariam o caráter predeterminado do contrato. Para não haver a descaracterização de preço predeterminado, o reajuste não poderia exceder o aumento do custo de produção ou a variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

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.

A meu sentir, a interpretação dada por essa IN é perfeitamente compatível com norma veiculada no art. 10 da Lei 10.833/2003 e no art. 109 da Lei nº 11.196, de 2005. Na verdade, é uma reprodução literal do texto legal. Ora, dada a similitude da regra trazida na IN com a veiculada na Lei, não me parece coerente atacar a interpretação da Administração Tributária. Assim, para que o ajuste ou revisão de preço não descaracterizem o contrato como de preço predeterminado, o acréscimo deve refletir o aumento do custo de produção, ou a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

Assim, à luz da legislação de regência, contrato a preço predeterminado é aquele cujo preço esteja fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto ou, alternativamente, aquele cujo preço seja fixado em moeda nacional por unidade de produto ou por período de execução.

Isto quer dizer que para reajustar seus preços e permanecer atendendo ao disposto na regra de exceção da não-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.

Visitada a legislação, passa-se ao exame das cláusulas contratuais que têm relevância ao deslinde da Lide.

7. PREÇO, REAJUSTE E VALOR

7.1. O Preço da Energia Contratada a ser pago pela Compradora à Vendedora em relação a cada MWh de Energia Contratada, a partir da Data de Início e até a Data de Término, será reajustado até 01 de outubro de 2005 e, a partir desta data, o reajuste ocorrerá a cada 12 (doze) meses ou, caso seja permitido tal reajuste em periodicidades inferiores a 12 (doze) meses, sempre de acordo com a menor periodicidade permitida, consoante a seguinte fórmula:

$$PECDI = VR \times (K_1 \times IGP-M_i / IGP-M_o + K_2 \times IVC_i / IVC_o)$$

Onde:

"PECDI" significa o Preço da Energia Contratada, devidamente reajustado.

"VR" significa o valor de referência R\$ 91,83 /MWh (setenta e nove reais e oitenta e cinco centavos por megawatt-hora), digo (noventa e um reais e oitenta e três centavos)

"K₁" significa 0,59.

"IGP-M_i" significa o IGP-M referente ao mês imediatamente anterior ao mês de reajuste do Preço da Energia Contratada.

"IGP-M_o" significa o IGP-M referente ao mês de dezembro de 2001.

"K₂" significa 0,41.

"IVC_i" significa a cotação média do dólar norte-americano divulgada pelo Banco Central do Brasil referente ao mês imediatamente anterior ao mês de reajuste do Preço da Energia Contratada.

"IVC_o" significa a cotação média do dólar norte-americano divulgada pelo Banco Central do Brasil referente a dezembro de 2001.

9. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

9.1. Se, na ocorrência de uma Mudança de Legislação, criação, modificação ou extinção de Tributos e/ou de um Evento de Força Maior ou por qualquer outro motivo, verificar-se um aumento ou uma diminuição nos custos incorridos no cumprimento das obrigações da Vendedora, nos termos deste Contrato (incluindo, como resultado de Mudança de Legislação, criação, modificação ou extinção de Tributos e de Evento de Força Maior ou por qualquer outro motivo, um aumento ou diminuição dos custos decorrentes de quaisquer dos Contratos do Projeto ou de qualquer outro contrato diretamente ou indiretamente celebrado pela Vendedora), a Vendedora deverá, depois da ocorrência da Mudança de Legislação, criação, modificação ou extinção de Tributos e/ou Evento de Força Maior ou por qualquer outro motivo, notificar a Compradora, por escrito, no prazo de até 10 (dez) dias úteis contado da data de início do respectivo evento, contendo a indicação e o

detalhamento do montante de aumento ou da redução de custo, com a respectiva revisão do Preço por MWh necessária para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato.

9.1.1. A notificação da Vendedora será final e conclusiva e vinculará as Partes, observado o previsto na Cláusula 9.1.3. abaixo e observado, ainda, que eventual falha da Vendedora em enviar tal notificação não implicará renúncia de seus direitos nos termos deste Cláusula 9.

9.1.2. A revisão do Preço por MWh para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato após uma Mudança de Legislação, criação, modificação ou extinção de Tributos e/ou Evento de Força Maior ou por qualquer outro motivo deverá retroagir até a data a partir da qual tal aumento ou redução de custos tiver gerado efeitos.

9.1.3. Caso a Compradora considere que qualquer notificação enviada pela Vendedora nos termos desta Cláusula está equivocada (ou que a Vendedora não enviou uma notificação referente a uma redução de custos), deverá notificar a Vendedora por escrito; em até 10 (dez) dias úteis, requerendo que a Vendedora modifique (ou, conforme o caso, envie) sua notificação contemplando a revisão do Preço por MWh. Caso a Vendedora não responda por escrito em até 10 (dez) dias úteis contados do recebimento da notificação enviada pela Compradora, esta poderá submeter a questão à arbitragem nos termos deste Contrato. Antes e durante a arbitragem, o Preço por MWh em vigor nos termos deste Contrato deverá ser o Preço por MWh conforme revisado (ou não) pela Vendedora, sem prejuízo do disposto na Cláusula 9.1.2. acima.

9.2. Sem prejuízo do disposto na Cláusula 9.1 acima, a Compradora arcará integralmente com qualquer aumento dos custos incorridos pela Vendedora em quaisquer dos Contratos do Projeto ou em qualquer outro contrato diretamente ou indiretamente celebrado pela Vendedora que derivem de variações cambiais que não estejam diretamente cobertas no âmbito do(s) respectivo(s) contrato(s).

A teor dessas cláusulas, os contratos não só são corrigidos pelo IGPM, mas também pela variação do Dólar Americano e, também, pela alteração da carga tributária. O fato de tais reajustes estarem expressamente previstos em cláusula contratual de reajuste, periódico ou não, em princípio, já afastaria o caráter predeterminado das tarifas acordadas, a partir da implementação da primeira alteração de preços, após 31 de outubro de 2003.

Cumpra-se agora, verificar se tais cláusulas de reajustes (com base no IGP-M, variação cambial (cotação do Dólar Americana) e em razão da alteração, extinção ou criação de tributos ou encargos setoriais com o objetivo de atender à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão enquadra-se no conceito de reajuste de preços em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados”, para fins de aplicação do art. 109, da Lei nº 11.196, de 2005.

O IGP-M, segundo informações constantes do site da Fundação Getúlio Vargas – FGV (www.fgv.br), tem as seguintes características:

.....
O IGP-M tem como base metodológica a estrutura do Índice Geral de Preços Disponibilidade Interna (IGPDI), resultando da média ponderada de três índices de preços: o Índice de Preços ao Produtor Amplo (IPA-M), o Índice de Preços ao Consumidor (IPC-M) e o Índice Nacional de Custo da Construção (INCC-M).

À semelhança do IGPDI, a escolha desses três componentes do IGP-M tem origem no fato de refletirem adequadamente a evolução de preços de atividades produtivas passíveis de serem sistematicamente pesquisadas (operações de comercialização em nível de produtor, no varejo e na construção civil). Quanto à adoção dos pesos convencionados, cujos valores representam a importância relativa de cada um desses índices no cômputo da despesa interna bruta, justifica-se do seguinte modo:

- a) os 60% representados pelo IPA-M equivalem ao valor adicionado pela produção, transportes e comercialização de bens de consumo e de produção nas transações comerciais a grosso;*
- b) os 30% de participação do IPC-M equivalem ao valor adicionado pelo setor varejista e pelos serviços de consumo;*
- c) quanto aos 10% complementares, representados pelo INCC-M, equivalem ao valor adicionado pela indústria da construção civil.*

Como se vê, não se trata de índice que reflita especificamente os custos da autuada. Não há como entender que um índice de reajustes com base em preços médios de mercado, como o IGP-M, seja um índice que reflita o custo dos insumos de transmissão de energia elétrica.

Na realidade, esse tipo de índice de variação não reflete de forma específica a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados pela autuada, em particular, tampouco expressa a variação específica dos custos de sua produção.

Para que não paire qualquer dúvida de que o IGP-M não reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados pelas distribuidoras de energia, basta analisar o grupo de produtos que compõem cada um dos índices integrantes do IGP-M.

Nesse índice, entram, além de outros componentes, os preços de legumes e frutas, bebidas e fumo, remédios, embalagens, aluguel, condomínio, empregada doméstica,

transportes, educação, leitura e recreação, vestuário e despesas diversas (cartório, loteria, correio, mensalidade de Internet e cigarro, entre outros).

Como dito anteriormente, o IGP-M é composto de 3 índices, o IPA-M, O IPC-M e o INCC-M.

O Índice de Preços ao Produtor Amplo (IPA-M), que responde por 60% do IGP-M, é sistematizado segundo a origem dos produtos - agropecuários e industriais - e segundo o estágio de processamento - bens finais, bens intermediários e matérias-primas brutas. No total, são pesquisados 340 produtos, distribuídos em grupos

Veja, a seguir, a estrutura desse índice.

Estrutura hierárquica do IPA-M

Segundo Origem (OG)

IPA -M

PRODUTOS AGROPECUÁRIOS

LAVOURAS TEMPORÁRIAS

LAVOURAS PERMANENTES

PECUÁRIA

PRODUTOS INDUSTRIAIS

INDÚSTRIA EXTRATIVA

CARVÃO MINERAL

MINERAIS METÁLICOS

MINERAIS NÃO-METÁLICOS

INDÚSTRIA DE TRANSFORMAÇÃO

PRODUTOS ALIMENTÍCIOS E BEBIDAS

PRODUTOS DO FUMO

PRODUTOS TÊXTEIS

ARTIGOS DO VESTUÁRIO

COUROS E CALÇADOS

PRODUTOS DE MADEIRA

CELULOSE, PAPEL E PRODUTOS DE PAPEL

PRODUTOS DERIVADOS DO PETRÓLEO E ÁLCOOL

PRODUTOS QUÍMICOS

ARTIGOS DE BORRACHA E DE MATERIAL PLÁSTICO

PRODUTOS DE MINERAIS NÃO-METÁLICOS

METALURGIA BÁSICA

PRODUTOS DE METAL

MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS

EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA

MÁQUINAS, APARELHOS E MATERIAIS ELÉTRICOS

MATERIAL ELETRÔNICO, APARELHOS E

EQUIPAMENTOS DE COMUNICAÇÃO

VEÍCULOS AUTOMOTORES, REBOQUES,

CARROCERIAS E AUTOPEÇAS

OUTROS EQUIPAMENTOS DE TRANSPORTE

*MÓVEIS E ARTIGOS DO MOBILIÁRIO**Segundo Estágios de Processamento (EP)**IPA-M****BENS FINAIS****BENS DE CONSUMO**ALIMENTAÇÃO**ALIMENTAÇÃO IN NATURA**ALIMENTOS PROCESSADOS**COMBUSTÍVEIS**NÃO DURÁVEIS EXCETO ALIMENTAÇÃO E
COMBUSTÍVEIS**BEBIDAS E FUMO**VESTUÁRIO, CALÇADOS E ACESSÓRIOS**MEDICAMENTOS E ARTIGOS PARA RESIDÊNCIA,
HIGIENE E LIMPEZA**BENS DE CONSUMO DURÁVEIS**UTILIDADES DOMÉSTICAS**AUTOMÓVEIS E ACESSÓRIOS**BENS DE INVESTIMENTO**VEÍCULOS PESADOS**MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS****BENS INTERMEDIÁRIOS****MATERIAIS E COMPONENTES PARA MANUFATURA**MATERIAIS E COMPONENTES PARA CONSTRUÇÃO**COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES PARA PRODUÇÃO**EMBALAGENS SUPRIMENTOS****MATÉRIAS-PRIMAS BRUTAS****AGROPECUÁRIAS**COMERCIALIZÁVEIS**PROCESSAMENTO INDUSTRIAL PARA FINS**ALIMENTARES**PROCESSAMENTO INDUSTRIAL PARA FINS NÃO**ALIMENTARES**MINERAIS****2.1. ESTRUTURA DA AMOSTRA DE PRODUTOS***

A seleção dos produtos integrantes do IPA se faz em duas etapas. Primeiramente, são escolhidas as classes de produtos a serem representadas e, em seguida, os produtos considerados em cada uma destas classes.

Índice Geral de Preços – Mercado

De acordo com a metodologia de cálculo da FGV para esse índice, os produtos de origem agropecuários representam 28,9738 % do IPA-M e o de origem industrial os outros 71,0262%, sendo que os subitens relativos às máquinas, aparelhos e materiais

elétricos correspondem a minguados 1,7674% do IPA-M. Partindo-se da premissa que outros subitens da indústria possam ser utilizados como insumos do setor elétrico - eliminando os do setor alimentício, fumo, bebidas, agropecuário, eletrodoméstico, celulose, etc, que não são aplicáveis ao setor de distribuição de energia elétrica - vê-se que a participação dos insumos do setor elétrico no IPA-M é insignificante, muito insignificante.

Já em relação ao IPC-M, nenhum item está diretamente relacionado a insumos utilizados pelo setor de distribuição de energia elétrica, haja vista que os produtos que compõem esse índice, é específico para o consumo das famílias.

A seu turno, o INCC, por óbvio, não reflete os custos do insumo do setor elétrico, haja vista que é específico para medir a variação do setor da construção civil.

Ora, mergulhando-se na metodologia de cálculo do IGP-M e analisando os produtos que o integra, conclui-se, sem a menor dúvida, que esse índice nem de longe reflete de forma específica a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados pela contribuinte, tampouco expressa a variação específica dos custos de sua produção.

Não fossem as razões expendidas acima suficientes para refutar a tese de defesa da autuada, o inciso II do §1º do art. 27 da Lei nº 9.069/1995, ao qual remete o art. 109 da Lei nº 11.196/2005, deixa claro que a correção de preços por variação do Índice de Preços ao Consumidor, ou de índices gerais de preços que o tenham sucedido, é, absolutamente, distinta da fórmula de reajuste em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados. veja-se o dispositivo acima aludido

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 IPCr.

§ 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;...”

Como se pode observar da leitura do dispositivo acima, o legislador diferenciou, nitidamente, os índices de preços gerais daqueles que refletem os custos de produção ou os custos dos insumos. Enquanto os primeiros refletem a variação de preços ao consumidor, a lei, quando se refere aos custos de insumos, remete a índices que traduzam os preços dos bens, materiais, equipamentos e pessoal utilizado pelas empresas para a consecução de suas finalidades econômicas.

Desta feita, depreende-se dos dispositivos legais que regem a matéria, que atualizações de contrato, com base em índices gerais de preços, descaracterizam predito contrato como sendo por preço predeterminado.

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.

Em outro giro, se tudo o que foi dito acima sobre o reajuste dos contratos pelo IGP-M não fosse suficiente para demonstrar que os contratos sob exame não do tipo preço predeterminado, a utilização adicional do Dólar americano para, juntamente com o IGP-M, formar o indexador desses contratos, retiram a predeterminação dos preços pactuados.

Ora, qualquer ser vivente, minimamente informado, sabe que a cotação da moeda americana ou de qualquer outra moeda estrangeira, em nada está associado a custos de produção ou de insumos de qualquer setor da economia. A variação cambial não decorre de qualquer tipo de custos da economia. Na realidade, a volatilidade da moeda estrangeira tem origem na força ou fraqueza da economia, da desorganização política, de fatores externos, como crises ou recuperações econômicas de nações estrangeiras, de políticas adotadas por outros países, ou, até mesmo, pela combinação de todos esses fatores, mas nunca, em decorrência do custo de produção ou de insumos desse ou daquele setor da economia.

Como exemplo do que se está aqui falando, o Dólar sobe todas as vezes que o Banco Central Americana sinaliza que vai elevar os juros básicos da economia americana; ou quando um candidato que o mercado não confie aparece liderando as pesquisas eleitorais, como ocorreu na Eleição de 2002, quando o então Candidato Lula, passou a liderar as pesquisas de opinião, ou mesmo agora, com a crise do impeachment, e a perda do grau de investimento, viu-se uma escalada sem fim nos preços dessa moeda estrangeira.

A variação cambial não tem qualquer relação com a atualização monetária, não é índice de reposição das perdas inflacionárias.

Assim, não há como defender que a utilização da moeda americana na composição do índice de reajuste dos contratos, não retira desses a natureza de preço predeterminado.

Por derradeiro, no tocante ao reajuste decorrente de criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação da primeira alteração de preços decorrente da aplicação 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. Vejamos o que diz o § 5º do art. 65 citado pela lei:

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

.....

Veja-se que, de acordo com a norma inserta no art. 109 da Lei nº 11.196/2005 - salvo nas hipóteses em que o reajuste de preços dá-se em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados - quaisquer reajustes de preços descaracterizam o contrato como sendo por preço predeterminado.

Assim, para reajustar seus preços e permanecer na não-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.

Com essas considerações voto no sentido de dar provimento ao recurso, para restabelecer o decidido no julgamento de primeira instância.

Henrique Pinheiro Torres